

Juridiska institutionen
Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng
Höstterminen 2014

The Clickwrap Apocalypse

Konsumtion av spridningsrätten till icke-fysiska verksexemplar - eller en digital andrahandsmarknad om man så vill

Anton Winther

Handledare: Jens Andreasson
Examinator: Kristoffer Schollin



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Förord

"Två gamers döms för cyberstöld till fängelsestraff". Jag trycker på länken som tar mig vidare till den amerikanska internetsajten Kotaku, som rapporterar om ett fall i Kina där två personer stulit virtuella föremål i ett onlinespel till ett värde av 6 405 amerikanska dollar. Ogripbara föremål har ett verkligt ekonomiskt värde idag, om man befinner sig på rätt marknad. Det dröjer inte länge förrän tankarna far iväg och tänker på hur framtiden kan komma att se ut. "Kommer hemförsäkringen omfatta World of Warcraft-karaktärer med skyhöga marknadsvärden, eller kommer man kunna pantsätta sitt iTunes-bibliotek?". Det är inte ovanligt att personer brukar betala stora summor pengar för många digitala exemplar av bland annat musik och datorspel istället för att köpa dem fysiskt i butik, och jag är en av dessa. De digitala exemplaren förblir liggande när man inte längre vill ha kvar dem eftersom man inte kan sälja, byta eller ge bort dem. Ska man behöva köpa fysiska exemplar för att kunna känna och veta om att man kan kontrollera dem, eller borde man inte få göra detsamma med sina digitala exemplar? Det är samma pengar som används för samma produkter med skillnaden att den levereras genom telefonjacket. Är det bara en fråga om olika leveranssätt av produkterna eller är den digitala sfären avskild från den fysiska världen? Ungefär här sådde jag fröet till denna uppsats.

Juridik och datorteknik är två områden som alltid fascinerat mig, men även min egen närvaro på den digitala marknaden i egenskap av konsument av digitala produkter påverkade ämnesvalet. Kulturen är självklart i ständig förändring och kan dessutom alltjämt konsumeras på helt nya sätt ju mer tekniken utvecklas, vilket den digitala marknaden är ett utmärkt exempel på. Den enda konstanten i ekvationen är det faktum att vi alla på ett eller annat sätt alltid konsumerat den och kommer att fortsätta med det. Kultur som fenomen är ständigt närvarande och förenar oss människor, oavsett vilka vi är och varifrån vi kommer. Under mitt arbete har jag därmed fått tillfälle att ägna mig åt rättsvetenskap som gett mig fördjupade kunskaper inom det upphovsrättsliga regelverket men även inom de olika branscher som sprider de kulturella uttryck som ligger många varmt om hjärtat. För att använda mig av ett gammalt och slitet uttryck, så

har arbetet varit som att förena nytta och nöje. Jag hoppas att du som läsare kommer tycka att din läsning blir detsamma.

Jag skulle även vilja ta tillfället i akt och dela ut tack till de personer som varit särskilt behjälpliga i mitt arbete. Först och främst ska min handledare Jens Andreasson ha ett stort tack, som med sin positiva inställning till mina idéer och kreativa förslag hjälpt mig fullfölja min vision, hittat material och väglett mig när vägen varit alltför snårig. Sedan vill jag passa på att tacka Kristoffer Schollin som innan jag gjorde mitt ämnesval var snäll nog att bolla mina tankar om uppslag för den då stundande examensuppsatsen och då ledde mig in på UsedSoft-avgörandet. Andra personer som också förtjänar min tacksamhet är min familj och mina vänner. Utan er uppmuntran och era idéer hade denna uppsats inte varit möjlig.

Tack.

Göteborg den 10 december 2014

Anton Winther

Sammanfattning	1
1. Presentation av ämnet	2
1.1 Bakgrund - det digitala paradigmet	2
1.2 Ämne och problem	4
1.3 Syfte	4
1.4 Frågeställning	5
1.5 Teori	5
1.6 Metod	6
1.7 Disposition	8
1.8 Avgränsningar	9
1.9 Definitioner och klargöranden	10
1.9.1 Språkliga avvägningar	10
1.9.2 Förkortningar och ordlista	10
Förkortningar	11
Ordlista	12
2. Den upphovsrättsliga regleringen	13
2.1 Ett historiskt perspektiv	13
2.2 EU-rätten och den inre marknaden	14
2.2.1 Den inre marknaden och principen om fri rörlighet	14
2.2.2 Principerna om direkt effekt och EU-rättens företräde	14
2.3 Det upphovsrättsliga regelverket	15
2.3.1 Unionsrätten i Sverige och URL	15
2.3.2 Verket	15
2.3.3 Skyddet och ensamrätten	16
2.3.4 Konsumtionsprincipen	17
2.4 Hinder mot överlåtelser	19
2.4.1 Avtalsrättsliga hinder - licenser	19
2.4.2 Tekniska hinder - DRM	20
2.5 UsedSoft v Oracle	21
2.5.1 Bakgrund	21
2.5.2 Gäller konsumtionsprincipen vid ingående av programlicenser?	21
2.5.3 Förutsättningar för konsumtionsprincipens tillämpning	22
2.5.4 Ytterligare krav på leverantören	22

2.5.5 Vilken innebörd har UsedSoft-domen?	23
2.6 UsedSoft-domens normativa utrymme	24
3. Fallstudie av marknaden	27
3.1 Steam	27
3.1.1 Beskrivning av aktören och tjänsten	27
3.1.2 Avtalet	28
3.1.3 Hur kunden får tillgång till produkten	28
3.1.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga	28
3.1.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?	29
3.2 iTunes Store	31
3.2.1 Beskrivning av aktören och tjänsten	31
3.2.2 Avtalet	31
3.2.3 Hur kunden får tillgång till produkten	32
3.2.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga	32
3.2.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?	33
3.3 CDON.COM	34
3.3.1 Beskrivning av aktören och tjänsten	34
3.3.2 Avtalen	34
3.3.3 Hur kunden får tillgång till produkten	34
3.3.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga	35
3.3.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?	36
3.4 PlayStation Store	37
3.4.1 Beskrivning av aktören och tjänsten	37
3.4.2 Avtalet	37
3.4.3 Hur kunden får tillgång till produkten	37
3.4.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga	38
3.4.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?	39
3.5 comiXology	41
3.5.1 Beskrivning av aktören och tjänsten	41
3.5.2 Avtalet	41
3.5.3 Hur kunden får tillgång till produkten	42
3.5.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga	42
3.5.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?	43

4. Analys	44
4.1 Studiens resultat	44
4.1.1 Enkel jämförelse av aktörerna	44
4.1.2 Uppföljning av frågorna	45
4.2 Tillämpning av UsedSoft på de premisser fallstudien genererat	46
4.2.1 UsedSoft och leverantörerna	46
4.2.2 UsedSoft och konsumenterna	47
4.3 Diskussion kring den digitala marknaden post-UsedSoft	48
4.3.1 Varför?	48
4.3.2 Juridiska aspekter	48
4.3.3 Tekniska aspekter	49
4.3.4 What's eating the digital market?	50
4.4 Framtiden i molnet	51
4.4.1 Vad blev det av Oracle?	51
4.4.2 Marknaden och den nya tekniken	52
4.4.3 UsedSoft och framtiden	53
4.5 Avslutande reflektioner	53
4.5.1 Är fysiska och digitala exemplar väsensskilda?	53
4.5.2 Marknaden styr	54
4.5.3 En global utblick mot framtiden	55
5. Källförteckning	57

Sammanfattning

Upphovsrättsligt skyddade verk säljs i digitala format i allt större utsträckning. Inom det upphovsrättsliga regelverket tillerkänns upphovsmannen ensamrätt till mångfaldigande och spridning av sitt verk, men så fort en annan person lovligen fått ett exemplar av verket konsumeras dessa ensamrätter till just det exemplaret av personen som fick det. Man har däremot sedan länge ansett att digitala exemplar inte kan överlåtas, och på den digitala marknaden upplåter man därför istället licenser till verket som ofta förbjuder överlåtelser av det digitala exemplar som licensen avser. De digitala exemplaren förses dessutom ofta med olika digitala spärar som förhindrar att de överlåts fast på teknisk väg. Detta har länge varit den gängse praktiken på den digitala marknaden, och har realiteten inneburit en monopolsituation där rättighetsinnehavaren styr priset på nya digitala exemplar av verken i fråga.

I den relativt nya UsedSoft-domen från EU-domstolen har denna ordning utmanats. Den säger att datorprogram som kunden köpt genom digital nedladdning ska kunna överlåtas precis som om det vore köpt på ett fysiskt lagringsmedium, under vissa givna förutsättningar. Med bakgrund i den juridiskt gällande rätten på området kan efter en botanisering bland marknadens aktörer konstateras att normkonstruktionen och praktiken på området idag är densamma trots att två år passerat sedan UsedSoft-domen föll. Genom en kombination av juridik och teknik kan marknadens aktörer bibehålla den maktrelation man redan hade. Den digitala begagnatmarknad som UsedSoft skulle kunna ha banat väg för är därför icke-existerande idag.

Anledningen till att aktörerna vidmakthåller sina affärsmodeller trots UsedSoft-domen är med största sannolikhet att det ännu inte finns en konkret skyldighet för dem att ändra dem. UsedSoft-domens normativa utrymme är i dagsläget ovisst och kan argumenteras för åt olika håll. Dessutom väljer alltfler aktörer på den digitala marknaden att med hjälp av allt nyare tekniker förändra sin verksamhet så att man helt och hållet faller utanför UsedSofts tillämpningsområde. UsedSoft i sig kommer därför förmodligen dels att få en begränsad effekt och dels att få en begränsad livslängd, men kan ses som en del i ett större globalt skeende där konsumtionsprincipen i framtiden kan komma att få ett allt vidare tillämpningsområde.

1. Presentation av ämnet

1.1 Bakgrund - det digitala paradigmet

Både kunder och näringsidkare står idag inför en helt annan marknad än de gjorde för bara tio år sedan. Kulturen i dess olika former är nu mer tillgänglig än någonsin. Upphovsrättsskyddade verk som tidigare endast mångfaldigades i fysiska exemplar kan numera även säljas online som digitala, icke-fysiska exemplar. Produkterna är till sitt innehåll identiska, men med skillnaden att en kund får dem levererade hem genom telefonjacket. Att mötas av en skylt med ordet ”slutsåld” på är numera otänkbart, eftersom näringsidkaren här har ett outsinligt varulager. I takt med att den digitaliserade försäljningen av upphovsrättsskyddade verk ökar spår många att försäljningen av de i uppsatsen kallade digitala produkterna inom vissa branscher snart kommer att omsätta mer pengar än försäljningen av fysiska exemplar. Den digitala marknaden har inte förändrat det faktum att vi konsumerar kultur i form av upphovsrättsskyddade verk, men väl vårt sätt att konsumera dem.

Ända sedan internet gjorde sitt intåg i det kollektiva medvetandet har det funnits utrymme för konflikt mellan dess användare och de av privata aktörer uppsatta reglerna för cyberrymden. Genom digitala spärrar av olika slag har man kunnat reglera internets innehåll samt hur det får användas, och den digitala marknaden är inget undantag. När en kund köper ett digitalt exemplar av ett verk möts hen av en textruta med juridiska villkor som måste accepteras för att ens kunna ta del av det. Villkoren fungerar därför som en slags digital spärr som kunden måste klicka sig förbi, och kallas för clickwrap-licenser. De efterföljs ofta av tekniska konstruktioner som används för att genomdriva villkoren, så kallade Digital Rights Managements (DRM).

Idag har den digitala marknaden hunnit slå igenom stort och försäljningen av digitala produkter utmanar idag den fysiska handeln. Kunden står därför ofta inför valet mellan att köpa ett verk i digital form genom nedladdning eller i fysisk form i butik. Valet är inte alltid självklart. Exempelvis kan en CD få vissa mindre skador eller till och med bli ospelbar, medan en digital produkt förblir intakt och i samma skick som vid inköpsdatumet. Trots kosmetiska skador efter normalt bruk finns däremot fortfarande

ofta ett andrahandsvärde hos CD:n. Begagnatmarknaden vi ser idag med butiker, antikvariat och webbportaler har uppstått som en naturlig följd av detta. En digital produkt är alltid i ursprungligt skick, men har inget självklart andrahandsvärde.

En klar skillnad mellan fysiska och digitala produkter är att den digitala marknaden domineras av ett fåtal jättar som genom sin dominerande ställning i princip definierar marknads regler. Genom detta inflytande har man genom en kombination av juridik och teknik kunnat bygga upp ett monopol på digitala produkter och även styrt prissättningen.

Digitala produkter har länge ansetts vara omöjliga att överlåta i och med att de enkelt kan kopieras så att överlåtaren både kan äta och behålla kakan. Detta har lett till att man på juridisk och teknisk väg kunnat förhindra alla försök till överlåtelser även om de skulle utföras på ett hederligt sätt. Vissa har däremot sett på saken på helt andra sätt. I UsedSoft-målet hade EU-domstolen två uppenbart oförenliga intressen framför sig: rättighetsinnehavarnas ekonomiska intresse av att kontrollera sina digitala produkter på marknaden på ena sidan, och kundernas ekonomiska intresse av att kunna realisera digitala produkter i pengar på andra sidan. Ett företag som sålde licenser till datorprogram i andra hand ansågs ha rätt till detta, och avgörandet ställde praktiken på den digitala marknaden på ändan.

Att man som privatperson skulle sälja datafiler är säkerligen en orealistisk tanke för många. Men på en marknad där datafilerna i fråga har ett ekonomiskt värde så kan man mycket väl argumentera för att digitala och fysiska exemplar ska behandlas lika av princip. Med detta sagt: är de olika exemplaren väsensskilda trots sitt identiska innehåll, eller ska man kunna omsätta sitt bibliotek i dess sanna ekonomiska värde oavsett hur man köpt innehållet?

1.2 Ämne och problem

Privatpersoner köper i allt större utsträckning underhållningsmedier digitalt i stället för att köpa fysiska exemplar med samma innehåll. Uppsatsen tar avstamp i denna trend, och ämnesvalet är därför snarare fenomenorienterat kring en digital andrahandsmarknad än inriktad på ett specifikt rättsområde. På den juridiska kartan kan den placeras på immaterialrättens, och närmare bestämt upphovsrättens område.

Det finns en principiell skillnad mellan det upphovsrättsliga regelverket och reglering genom kontrakt, nämligen att regelverket är allmängiltigt för de som befinner sig inom lagarnas tillämpningsområde medan kontraktet endast är bindande för dess parter. På det upphovsrättsliga området finns regler som möjliggör att en person överlåter fysiska exemplar av verk som man lovligen fått i sin ägo. Branscherna har å sin sida sedan länge genom kontrakt reglerat spridningen av digitala exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk som alltså varit gångbar. Denna sker i form av utfärdande av licenser till exemplaren på obegränsad tid istället för försäljning. Licenserna får enligt kontrakten oftast inte överlåtas i andra hand, till skillnad från vad som gäller vid köp av fysiska exemplar. Det finns anledning att tro att den här licensmodellen körts över av EU-domstolen i den progressiva UsedSoft-domen. Ett område som tidigare varit relativt fritt att reglera på kontraktsrättslig väg har nu reglerats på upphovsrättslig väg. Uppsatsens titel syftar till att marknadens aktörer nu torde ha helt nya förutsättningar att förhålla sig till för att kunna överleva.

1.3 Syfte

Studieobjektet för denna uppsats är de väletablerade aktörerna på den digitala marknaden. Syftet är att utreda i vilken utsträckning de genom sina ageranden påverkar förekomsten av en idag frånvarande digital andrahandsmarknad samt hur deras ageranden förhåller sig till aktuell praxis och lagar på området. Detta utförs främst genom analys av aktörernas aktuella användaravtal och då i ljuset av svensk rätt och EU-rätt i frågor om upphovsrättslig konsumtion.

Vidare har uppsatsen ett kundperspektiv med syfte att undersöka i vilken utsträckning en juridiskt tillåten och rent praktiskt genomförbar överlåtelse av digitala inköp står till buds för en genomsnittlig kund hos varje aktör i fallstudien.

1.4 Frågeställning

Flera frågor uppstår som ringar på vattnet efter UsedSoft-domens nedslag i immaterialrättens hav. I denna framställning kommer dock enbart tre centrala frågor som knyter an till uppsatsens syfte att stå i fokus:

- 1) Hur agerar aktörerna i frågan om upphovsrättslig konsumtion av spridningsrätten till digitala exemplar av verk?
- 2) Hur förhåller sig aktörernas praktik till gällande rätt i detta avseende?
- 3) Kan en kund göra gällande upphovsrättslig konsumtion enligt de kriterier som ställs upp i UsedSoft- domen eller finns det hinder mot detta, och i så fall vilka?

1.5 Teori

Jag väljer att tillämpa en version av Ekelöfs teleologiska metod för att kunna föra en argumentation kring varför jag väljer att tillämpa regler som inte är formellt tillämpliga på ett visst förhållande. Till metodens kärna hör att man vid all tolkning av rättsregler förutsätter att de finns till för att uppnå ett ändamål. När man tvivlar mellan att tillämpa eller att inte tillämpa en rättsregel på ett förhållande som visserligen faller under dess tillämpningsområde måste man därför fråga sig om situationen är så säregen att rättsregelns tillämpning kommer medföra att den under dessa omständigheter motverkar det slutgiltiga mål regeln syftar att bidra till. Detta fenomen existerar även i omvända situationer där en rättsregel inte är formellt tillämplig på en specifik situation, men det på grund av situationens säregenskap finns anledning att tillämpa rättsregeln eftersom det skulle bidra till förverkligandet av rättsregelns slutgiltiga mål.¹ I min uppsats använder jag metoden som en utgångspunkt för att kunna föra en rationell argumentation kring min tillämpning av vissa rättsregler.

¹ Strömholm. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. s. 480 ff.

1.6 Metod

Studieobjektet för denna uppsats är som sagt beteenden bland aktörer på den digitala marknaden. Eftersom den digitala marknaden är ett relativt nytt fenomen som det inte finns alltför mycket lagstiftning eller litteratur kring så finns inte många rättskällor att tillgå i skrivande stund. En stor del av den här uppsatsen utspelar sig därför utanför den klassiska rättsdogmatikens område, vilket har varit viktigt att beakta då jag gjorde mitt metodval. Min ambition är och har alltså varit att analysera rätten i en kontext, och då i egenskap av jurist och inte som sociolog.

I litteraturen finns flera exempel på olika sätt att se på rättsvetenskapen som inspirerat mig i mitt arbete. Dessa kommer jag här att beskriva för att ge legitimitet till min egen metod. Sandgren anser att den idag härskande praktiken inom rättsvetenskapen snarare är analytisk än dogmatisk. Argumentationen tillåts enligt honom vara ganska fri, och det system som studeras av rättsvetaren är öppet för utomrättsliga intryck från resten av samhället. Den är fenomenorienterad och dess analys kan därför innefatta annat än de ordinära rättskällorna. Han föreslår därför att man istället för rättsdogmatik bör kalla praktiken för *analytisk rättsvetenskap*.² Vidare presenterar Agell goda argument för att inkludera empiriska inslag i rättsvetenskapen. Han är av uppfattningen att rättsvetaren har till uppgift att studera relationen mellan rättsregler och deras funktion, och förespråkar därför någonting som kallas för *konstruktiv rättsvetenskap*. Att enbart använda juridiska källor i sina studier är enligt honom otillräckligt för den som har ambitionen att genomföra en fullständig analys av rättsregelns genomslagskraft i samhället. Att inkludera annat källmaterial såsom exempelvis "...sociologiska, ekonomiska och icke-juridiskt tekniska synpunkter..." möjliggör dessutom att man kan fördjupa sig i ämnet. Rättsvetenskapen blir då funktionell och konstruktiv snarare än dogmatisk.³ Min modell kallar jag för *funktionell och semi-empirisk rättsvetenskap* och innehåller inslag av båda dessa.

Denna uppsats byggs på en grund som utgörs av en tolkning av normkonstruktionen på berörda rättsområden utifrån rättskälleläran och den teleologiska modellen. Med

² Sandgren. *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* s. 648 ff.

³ Agell. *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap?* s. 43 ff.

normkonstruktion avses den juridiskt gällande rätten men även den rätt som skapas av aktörerna på marknaden, och med rättskälleläran avses den hierarkiska ordning (lag, förarbeten, rättspraxis, doktrin) som alltjämt lärs ut i landets universitet. Det material jag använder mig av är den gängse litteraturen på det upphovsrättsliga området. Som en utbyggnad på den grund jag byggt kombinerar jag den med en kvalitativ semi-empirisk fallstudie av de aktörer som dominerar på den digitala marknaden.

Det empiriska underlaget för fallstudien utgörs i första hand av aktörernas avtalsvillkor, i andra hand av deras tekniska utformning av sina tjänster, i tredje hand av nyhets- och branschmedier samt webbsidor dedikerade till specifika ämnen och slutligen i fjärde hand av kundkontakt mellan mig själv och aktören. Att utgå från detta material är det enda rimliga av de alternativ som funnits tillgängliga för mig, eftersom det rör sig om så nya fenomen och det då är just den typen av information jag måste använda mig av.

Fallstudien omfattar fem aktörer och är av kvalitativ karaktär. Detta möjliggör att man får en komplett överblick av varje aktör. Valet av aktörer är baserat på hur välkända de är i Sverige och hur stora de är. Dessutom har jag försökt få en spridning mellan vilka typer av digitala produkter som säljs hos leverantörerna i min ambition att ge en läsaren en representativ bild av den mångfald som finns på den digitala marknaden.

Det är självfallet viktigt att varje aktör behandlas lika och analyseras objektivt och konsekvent i förhållande till varandra. Jag använder mig därför av fyra i förväg formulerade frågor som är preciserade för att angripa de faktorer som är relevanta för framställningen. Frågorna som fallstudiens material centreras kring är därför utformade utifrån min frågeställning med UsedSofts kriterier i bakgrunden. De lyder enligt följande, här med en kortare förklaring vad frågan är konkret innebär:

1. Hur ser avtalskonstruktionen ut?
 - Köper kunden en digital produkt eller en licens till en sådan och hur länge gäller den?
2. Hur tillgodoses kunden produkten?
 - Får kunden ladda ned sitt exemplar eller hur går det till?
3. Vilken inställning har aktören till överlåtelser?
 - Tillåts sådana av aktören?
4. Är en överlåtelse möjlig?
 - Finns det några hinder mot att en kund gör gällande konsumtion i enlighet med de premisser som UsedSoft-domen ställer upp?

Underlaget kommer sedan analyseras i skenet av gällande rätt och UsedSoft-domen, vars kriterier sedan tillämpas på varje aktör. Svaren på frågorna kommer att framgå i löpande text i kapitel tre, men kommer även att presenteras i avsnitt 4.1.

1.7 Disposition

Uppsatsens materiella del inleds i kapitel två, där rättsläget på området klargörs. Här börjar jag med att ge en grundläggande förklaring till varför EU:s direktiv och EU-domstolens praxis på området har direkt effekt på rättstillämpningen i Sverige. Jag kommer vidare att förklara det upphovsrättsliga skyddets innebörd, spridningsrätten och principen om konsumtion av spridningsrätten. Kapitlet avslutas med att jag där redogör för den s.k. UsedSoft-domen och dess innebörd i ljuset av regelverket samt argumenterar kring varför det ska ges ett brett tillämpningsområde.

Därefter övergår uppsatsen i en fallstudie i kapitel tre, där de fem utvalda aktörerna undersöks utifrån de i avsnitt 1.6 formulerade frågorna.

Avslutningsvis mynnar uppsatsen ut i kapitel fyra, som är en analysdel där jag inleder med att diskutera undersökningens resultat och följer upp frågorna genom att reda ut hur marknaden ser ut i ljuset av UsedSoft-domen. Därefter för jag en diskussion kring hur marknaden ser ut och varför samt vad som motiverar aktörerna till att bibehålla kontroll

över utbudet på den digitala marknaden. Innan jag avslutar uppsatsen med mina personliga reflektioner kring uppsatsämnet ägnar jag dessutom ett avsnitt åt en framtida utblick, där jag utifrån ett juridiskt och tekniskt perspektiv drar slutsatser kring UsedSofts framtida betydelse för rättstillämpningen samt hur den digitala marknads aktörer kan väntas förhålla sig till rättsutvecklingen.

1.8 Avgränsningar

Eftersom detta arbete är en examensuppsats är mängden material jag kan presentera någonting jag måste begränsa i min framställning. När det gäller den pågående digitala omställningen på marknaden finns det många intressanta problem som är juridiskt relevanta. Exempelvis skulle man kunna behandla frågor såsom exempelvis konsumenters ångerrätt för digitala produkter, uthyrning eller parallellimport av dessa, men för mig är spekulationer kring den digitala andrahandsmarknaden mer intressanta. Eventuella frågor om global konsumtion är inget jag heller kommer att gå närmare in och spekulera kring. Jag håller mig vidare från att redogöra material som har att göra med harmonisering av området på global nivå samt rena avtalsrättsliga frågor kring clickwrap-licenser.

Dessutom har jag valt att begränsa min fallstudie till att avse endast fem aktörer, vilket för mig har det varit det enda tänkbara valet. Dels eftersom den digitala marknaden domineras av endast en handfull aktörer och dels eftersom det varken är min ambition eller ens är möjligt att ge en komplett överblick med en kvantitativ studie med hänsyn till uppsatsens karaktär.

Vidare har många av de användaravtal jag analyserat särskilda forumklausuler, som innebär att tvister som uppkommer med anledning av avtalen ska tolkas enligt ett viss lands lagstiftning. Att jag väljer att inte behandla detta i min framställning är ett medvetet val, och för mig det enda rimliga med tanke på uppsatsens karaktär. Min ambition är att undersöka hur avtalen förhåller sig till EU- och mer specifikt svensk rätt.

1.9 Definitioner och klargöranden

1.9.1 Språkliga avvägningar

Att skriva om juridik i kombination med teknik är en konst i sig. Båda har sina egna språk som kräver viss förkunskap inom respektive område. Min ambition i detta arbete är att fungera som en länk mellan juridiken, tekniken och läsaren, och därför utforma framställningen så min beskrivning av tekniken blir begriplig och hanterbar. Den moderna tekniken har en tendens att ibland bli krånglig för dess användare, så därför kommer jag i största möjliga utsträckning presentera den för läsaren i allmänna ordalag utifrån ett användarperspektiv. Jag vill dessutom förtydliga att de situationer där en kund mot betalning ingår ett licensavtal med en aktör ofta benämns som köp av licenser i min uppsats eftersom det gör meningarna lättare att läsa, och att det är detta som avses med den terminologin.

Den uppmärksamme läsaren noterar säkert att jag använder mig av ordet *hen*, som är ett könsneutralt pronomen. Ordet kommer att införas i Svenska Akademiens ordlista i nästa upplaga, men har länge använts i svenskan. I skrift fyller det i min mening två viktiga funktioner: dels fyller det samma funktion som omskrivningen "han eller hon" utan att utgå från en binärt könssystem och utan att uppta lika mycket textutrymme, och dels möjliggör det att en exempelperson inte helt i onödan behöver ha ett kön för att texten ska vara läslig. Jag använder mig därför konsekvent av detta pronomen genom hela uppsatsen och då på ett lämpligt sätt.

1.9.2 Förkortningar och ordlista

För läsarens skull finns i detta kapitel även en ordlista med förklaringar och en lista med förkortningar jag använder. Den som inte är tekniskt insatt eller kanske inte förstår ett visst begrepp, namn eller förkortning som förekommer i framställningen kommer att ha stor nytta ordlistan. Även den mer tekniskt insatte kan komma att ha god användning av listorna under sin läsning för att försäkra sig om att *hen* förstår vad jag menar med det jag skriver.

Förkortningar

Datorprogramdirektivet	Rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram
DRM	Digital Rights Management
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Infosoc-direktivet	Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PSN	PlayStation Network
SEN	Sony Entertainment Network
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TRIP:s-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WTO	World Trade Organization

Ordlista

Backup	Säkerhetskopia
.cbz	Ett filformat som arkiverar bildfiler föreställande sidor ur en serietidning eller -bok
Clickwrap-licens	En avtalstyp som ingås genom att motparten anger att hen accepterar avtalsinnehållet och dessutom utgör ett nödvändigt moment för att produkten ska kunna användas
Comics	Ett samlingsnamn för grafiska berättelser i serietidningsformat
Digital produkt	Ett samlingsord för digitala exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk som säljs på den digitala marknaden
E-bok	Böcker i digitalt format
.epub	Ett filformat för e-böcker
Molnet	Ett samlingsnamn för datatjänster som användaren kommer åt från sin egen dator eller enhet men egentligen tillhandahålls och utförs på leverantörens servrar
.mp3	Ett filformat för ljud
.pdf	Ett filformat för text och bild
Produktnyckel	En unik serie bokstäver och siffror som kan lösas in mot att få tillgång till en digital länk som möjliggör nedladdning av ett digitalt exemplar av ett verk
Spelkonsol	En kombination av hårdvara och mjukvara som möjliggör användandet av de TV-spel som är avsedda för den
Strömning	En teknik för att spela upp verk på användarens dator eller mobila enhet genom att lagras där temporärt. Användandet av tekniken kallas för "att strömma"

2. Den upphovsrättsliga regleringen

2.1 Ett historiskt perspektiv

Att tillerkänna kreatörer av olika slag upphovsrätt är ett internationellt fenomen närbesläktat med idén om äganderätt. Den principiella tanken är och förblir att en person som bedriver konstnärligt skapande ska kunna omsätta sitt arbete i pengar för att säkra sitt livsuppehälle på samma sätt som exempelvis en lantbrukare säljer en del av sin skörd. Skillnaden ligger i att det konstnärliga verket inte är någonting som är fysiskt greppbart, utan konstnärens intellektuella skapelse. Denna kan i sig manifesteras på en fysisk tavelduk, i en bunt papper eller dold bland ettor och nollor i datakod. Redan år 1486 tillerkändes Sabellicus, en venetiansk författare, ett så kallat venetianskt privilegium att ensam få trycka sin historiebok om stadsstaten. Det upphovsrättsliga regelverket har sedan dess utvecklats och funnits med oss i hundratals år.⁴

Genom upphovsrättens utveckling har det funnits två tydliga linjer: den anglo-amerikanska och den kontinentaleuropeiska, som båda varit med och satt sin prägel på den moderna upphovsrätten. Den anglo-amerikanska linjen fokuserade främst på rätten för en konstnär att få bestämma över verkets mångfaldigande, och såg på upphovsrätten som ett företagsvänligt privilegium av kommersiell karaktär. I det kontinentala Europa menade man att upphovsrätten var förenad med ekonomiska och ideella rättigheter, och mer av en mänsklig rättighet snarare än kommersiellt betingad. Så småningom kom de båda angreppssätten att stråla samman i en internationell konvention på området, den så kallade Bernkonventionen. På internationell nivå har området vidare reglerats av WTO genom TRIP:s-avtalet. Sverige är idag anslutet till båda överenskommelser, vilket innebär att upphovsrättsligt skyddade i verk i Sverige åtnjuter samma skydd i övriga anslutna rättsordningar och verk som tillkommit i andra länder även skyddas av vår rättsordning.⁵

⁴ Levin. *Lärobok i immaterialrätt*. s. 28.

⁵ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 31 ff.

2.2 EU-rätten och den inre marknaden

2.2.1 Den inre marknaden och principen om fri rörlighet

Sverige är sedan 1995 medlemmar i EU. För att kunna få en överblick över hur den upphovsrättsliga regleringen ser ut och varför den gör det måste man först vända blicken mot lagstiftningen på EU-nivå. Ett av EU:s stora strävanden har ända sedan EG-tiden varit att upprätta en inre marknad. Utformandet av den inre marknaden grundar sig på tanken om den fria marknaden, där aktörer ska kunna bedriva handel med varandra obehindrat. Genom rättsliga ingrepp har man på juridisk väg försökt harmonisera marknaden för att råda bukt med de olika typer av rättsliga och reella motsättningar mellan medlemsländerna som påverkar den fria konkurrensen mellan aktörerna. Marknaden för upphovsrättsskyddade verk är omfattande och har kommit att bli ett av integrationsområdena.

Inom EU gäller principen om fri rörlighet för varor, som avser att eliminera alla tullar och handelshinder med motsvarande verkan på den inre marknaden.⁶ Principen innebär att den vara som lagligen har satts på marknaden inom EU som huvudregel ska kunna överlåtas fritt från en ursprunglig köpare till en ny köpare, och så vidare.⁷ Frågor kring definitionen av vad en vara är har uppkommit flera gånger. EU-domstolen hade länge en liberal definition av vad en vara är för någonting, där allt som potentiellt kunnat omvandlas till pengar genom handel ansågs som varor.⁸ Begreppet vara har i efterföljande fall kommit att få en allt snävare definition, och då avsett föremål som har fysiska egenskaper och är greppbara.⁹

2.2.2 Principerna om direkt effekt och EU-rättens företräde

I ett avgörande från 1963 förklarade nämligen dåvarande EG-domstolen att EU-rätten är en egen rättsordning som ska ha direkt effekt i medlemsländerna.¹⁰ Detta innebär att svensk lagstiftning utgörs både av svenska författningar men även av EU:s förordningar och direktiv. Genom senare praxis har domstolen dessutom fastslagit att vid en konflikt mellan de två olika rättskällorna så ska EU-rätten ha företräde framför

⁶ FEUF artikel 28.

⁷ Barnard. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. s. 36 ff.

⁸ Mål C-7/68 *Kommissionen v Italien*.

⁹ Mål C-97/98 *Jägerskiöld v Gustafsson*.

¹⁰ Mål C-26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*.

medlemsstaternas nationella konstitutioner.¹¹ Dessutom är nationella domstolar skyldiga att tolka nationell lagstiftning i ljuset av EU:s direktiv på berörda rättsområden.¹²

2.3 Det upphovsrättsliga regelverket

2.3.1 Unionsrätten i Sverige och URL

I Sverige finns sedan långt tillbaka ett lagstadgat upphovsrättsligt skydd. Upphovsrätten anses så viktig att den utgör en grundlagsskyddad rättighet för skapare av olika typer av verk.¹³ Själva regleringen av upphovsrätten återfinns däremot i 1960 års upphovsrättslag (URL). Genom internationell inblandning på EU-nivå har den svenska upphovsrätten behövt regleras ytterligare för att samklang ska råda inom EU.¹⁴ URL är idag utformad på ett sätt som överensstämmer med EU:s direktiv på området, och däribland infosoc- och datorprogramdirektivet.

2.3.2 Verket

Det upphovsrättsliga skyddet uppstår i och med skapandet av verket. Oavsett verkstypen åtnjuts samma typ av skydd, eftersom det i URL 1 kap. 1 § 1st. ställs upp en icke-uttömmande lista av exempel på verk som omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Genom formuleringen ”verk som kommit till uttryck på annat sätt” medges således som princip att alla typer av konstnärligt skapande är lika skyddsvärda.¹⁵

Verk är i URL:s mening alltså de flesta typer av konstnärliga skapelser man kan tänka sig, men alla konstnärliga utflöden är inte nödvändigtvis verk i lagens mening. För att en skapelse ska anses som ett verk och därmed tillerkännas upphovsrättsligt skydd krävs att den utstrålar viss självständighet och originalitet, så kallad verkshöjd.¹⁶ Rent konkret krävs att skapelsen ska vara ett resultat av skaparens konstnärliga utflöde ge och uttryck för viss särprägel.¹⁷

¹¹ Mål C-6/64 *Flaminio Costa v ENEL*.

¹² Mål C-14/83 *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*.

¹³ Regeringsform (SFS 2011:109) 2 kap. 16 §.

¹⁴ Dessa ändringar redogörs för mer utförligt i prop. 2004/05:110.

¹⁵ Berlitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. s. 49.

¹⁶ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 66 ff.

¹⁷ Olin. Karnov lagkommentar: URL 1 kap. 1 §.

2.3.3 Skyddet och ensamrätten

Som huvudregel tillfaller det upphovsrättsliga skyddet av verket den som skapat det (i URL kallad upphovsman) enligt URL 1 kap. 1 §. Har verket skapats av flera personer tillfaller det upphovsrättsliga skyddet dem gemensamt enligt 1 kap. 6 §, men inte om varje persons skapande utgör ett eget verk i sig om det skulle friställas från slutprodukten.¹⁸ Det är följaktligen bara fysiska personer som kan vara upphovsmän.¹⁹ Har verket skapats inom ramen för upphovsmannens eller -männens eventuella anställning kan upphovsrätten däremot övergå till arbetsgivaren, under förutsättning att verket skapats på grund av anställningen i fråga. Då har arbetsgivaren rätt att förfoga över verket, fast enbart på de sätt som normalt ligger inom verksamhetsområdet för denne.²⁰ Värt att notera är att upphovsrätt till datorprogram som skapats inom en anställning och som ett led i arbetsuppgifterna alltid tillfaller arbetsgivaren enligt 3 kap. 40 a §. Det upphovsrättsliga skyddet gäller som huvudregel under hela upphovsmannens livstid och fram till dess att sjuttio år passerat från dennes dödsdag enligt 4 kap. 43 §.

För upphovsmannen kan det upphovsrättsliga skyddet delas upp i två delar: en ideell respektive en ekonomisk del. Denna uppsats kommer dock att enbart fokusera på den senare, eftersom det är de ekonomiska rättigheterna som brukar överlåtas helt eller delvis till distributörer och förlag för att kunna sälja exemplar av verket. Både upphovsmän och distributörer kommer i den fortsatta framställningen för enkelhetens skull att kallas för rättighetsinnehavare.

Vad som avses med de ekonomiska rättigheterna framgår i URL 1 kap. 2 §, som säger att upphovsrätt medför en uteslutande rätt att förfoga över verket. Förfoganderätterna innefattar däribland de så kallade mångfaldigande- respektive spridningsrätterna. Ensamrätterna innebär rent praktiskt att rättighetsinnehavaren kan hindra vem som helst från att förfoga över verket på ett sätt som kränker de ekonomiska rättigheterna till verket.²¹

¹⁸ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 97.

¹⁹ Olin. Karnov lagkommentar: URL 1 kap. 1 §.

²⁰ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 94.

²¹ Olin. Karnov lagkommentar: URL 1 kap. 2 §.

Mångfaldiganderätten återfinns i 1 kap. 2 § 1st. och avser i princip alla typer av framställning av exemplar av verket, även om det skulle vara en tillfällig kopia eller och oavsett om den är fysisk eller digital.²² Det är dessutom mångfaldiganderätten som gett den engelska motsvarigheten till upphovsrätt dess namn (copyright). Så länge verket är upphovsrättsligt skyddat är mångfaldiganderätten oändlig, och den begränsar sig inte heller till ett visst format. Även ett fotografi av en tavla kan därmed anses vara ett exemplar.²³ Spridningsrätten återfinns i 1 kap. 2 § 3st 4p. och innebär att rättighetsinnehavaren själv bestämmer om och hur exemplar av verket ska spridas bland allmänheten genom exempelvis försäljning och uthyrning.²⁴ Den kompletterar mångfaldiganderätten på så vis att endast rättighetsinnehavaren får bestämma om exemplar ska produceras och vad det sedan ska bli av dem.²⁵ Överlåter en upphovsman rätten att massproducera ett visst eller ett obegränsat antal exemplar av ett verk anses detta i regel innebära att upphovsmannen även överlåtit rätten att sprida dessa exemplar genom exempelvis försäljning.²⁶ Att sälja ett verk digitalt innebär att båda ensamrätter aktualiseras, och det är därför endast rättighetsinnehavaren som kan godkänna detta. Däremot innebär självklart inte en överlåtelse av ett exemplar att upphovsrätten till verket övergår, vilket klart framgår av 3 kap. 27 §.

2.3.4 Konsumtionsprincipen

Om vi håller ensamrätterna i bakhuvudet så är det upphovsrättsliga skyddet en villkorad rättighet som ständigt måste vägas mot andra samhällsintressen. Det är värt att nämna några av dessa. Från mångfaldiganderätten undantas bland annat i URL 2 kap. 11a § rätten att skapa tillfälliga exemplar som ett led i en internetöverföring och rätten att skapa exemplar för privat bruk i 2 kap. 12 §. Det undantag som främst är av intresse i den här uppsatsen är ett till spridningsrätten som finns i 2 kap. 19 §, nämligen den så kallade konsumtionsprincipen. Den har sitt ursprung i internationell upphovsrätt (ursprungligen kallat first-sale doctrine), och kallas inom EU-rätten för principle of exhaustion.

²² Berlitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. s. 74 f.

²³ Levin. *Lärobok i immaterialrätt*. s. 136 f.

²⁴ Berlitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. s. 80.

²⁵ Levin. *Lärobok i immaterialrätt*. s. 142.

²⁶ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 131.

Inom EU finns konsumtionsprincipen till i syfte att väga upphovsmannens kommersiella intressen mot principen om fri rörlighet för varor på den inre marknaden.²⁷ I paragrafen regleras under vilka omständigheter som spridningsrätten till ett exemplar av ett verk övergår (konsumeras) i och med att äganderätten till just det exemplaret övergår till en annan person. Regeln gäller för alla typer av upphovsrättsskyddade verk och innebär att ett exemplar av ett verk som en person förvärvat med rättighetsinnehavarens tillstånd kan överlåtas fritt utan att någon begår ett upphovsrättsligt intrång.²⁸ Ett exemplar konsumeras först och endast då en permanent överlåtelse sker (ex. köp, byte eller gåva) och aldrig vid tillfälliga överlåtelser.²⁹ Konsumtionstidpunkten inträder dessutom bara då överlåtelsen skett med rättighetsinnehavarens samtycke, vilket innebär att piratkopierade verk aldrig kan konsumeras.

I EU-rätten gäller konsumtionsprincipen för alla typer av verk och återfinns både i infosoc- och datorprogramdirektivet. Rättighetsinnehavaren förlorar därmed sina möjligheter att förfoga över ett exemplar av ett verk man åtnjuter upphovsrättsligt skydd när det väl har sålts på den inre marknaden.³⁰ I infosoc-direktivet är konsumtionsprincipen neutral med verkstyp till sin utformning, men förutsätter att exemplaret som överlåtit är en greppbar fysisk kopia.³¹ Datorprogram omfattas däremot av datorprogramdirektivet istället för infosoc-direktivet. Mellan de två direktiven finns vissa skillnader. Exempelvis undantas i infosoc-direktivet tjänster och onlinetjänster från konsumtionsprincipens tillämpning,³² och i datorprogramdirektivet återfinns inte ett uttryckligt krav på att det datorprogram som blir föremål för konsumtion måste vara ett fysiskt exemplar som i infosoc-direktivet.

Regelns blotta existens innebär däremot inte att en kund alltid får förfoga över det hen köpt. Tvärtom, marknadens aktörer kan genom tekniska affärsmodeller och på

²⁷ Ericsson. *Om immaterialrättslig konsumtion i ett integrerat Europa*. s. 108.

²⁸ Olin. Karnov lagkommentar: URL 2 kap. 19 §.

²⁹ Prop. 1994/95:58 s. 59.

³⁰ Infosoc-direktivet skäl 28 och datorprogramdirektivet art. 4.2.

³¹ Prop. 2004/05:110 s. 81.

³² Infosoc-direktivet, skäl 29.

avtalsrättslig väg reglera rättsförhållandet på så sätt att konsumtionsprincipen aldrig aktualiseras.

2.4 Hinder mot överlåtelser

2.4.1 Avtalsrättsliga hinder - licenser

I stället för att sälja digitala exemplar av sina verk har det inom de flesta branscher sedan länge varit den gängse praktiken att utfärda licenser till verken mot betalning (licensiering). Exempelvis är detta normen inom mjukvarubranschen, bland annat eftersom mjukvara ofta införskaffas i yrkesversksamhet i samband med leasing av hårdvara.³³ Licensiering innebär att rättighetsinnehavaren upplåter en slags nyttjanderätt till att ta del av verket, och är i princip branschpraxis på hela den digitala marknaden idag.

En kund tänker säkerligen sällan på att man oftast ingår licensavtal på den digitala marknaden, eftersom accepterandet av licensavtalet inte sällan utgör ett oundvikligt moment efter köpet men innan användandet av produkten. Första gången man startar ett datorprogram eller ska använda en tjänst måste man ofta klicka på knappen "I agree" och därmed ange att man accepterar ett licensavtal innan man ens kan använda den eller det (så kallad clickwrap-licens).³⁴ Kunden anses därmed vara medveten om att det finns villkor hen måste acceptera, men valet att faktiskt läsa genom dem sker på kundens egen bekostnad eftersom klickandet bör anses medföra att kunden blir bunden till avtalsinnehållet.³⁵ Avtalet fungerar alltså som en digital slags spärr som kunden endast kan passera genom att acceptera det i sin helhet.

Många aktörer använder sig av termer som "försäljning" och "köp" i sina tjänster, och döljer därmed att det ofta är fråga om licensiering i de långa användarvillkoren. Den genomsnittlige kunden märker därför oftast inte huruvida hen köper ett digitalt exemplar eller en licens till verket. När licenserna i många fall utfärdas till nästan samma pris som det hade kostat att köpa ett fysiskt exemplar av verket finns det möjligen ännu mindre skäl att anta att det skulle röra sig om licenser.

³³ Rosén. *Upphovsrättens avtal*. s. 262 f.

³⁴ Rosén. *Upphovsrättens avtal*. s. 266 f.

³⁵ Olsson. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*. s. 289.

Detta är däremot ett medvetet val av rättsinnehavaren. Det finns självklart flera förklaringar till och kring varför licensieringsmodellen vuxit fram, men jag kommer här enbart att fokusera på de juridiska och ekonomiska faktorer som motiverar modellen. När ett verk säljs aktualiseras den ovan nämnda konsumtionsprincipen, vilket innebär att rättighetsinnehavaren förlorar spridningsrätten till just det exemplaret. En licens är en särskild avtalskonstruktion som medför att något exemplar av verket inte alls överläts, och därmed faller det hela utanför konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Genom att benämna ett avtal som ett licensavtal har rättighetsinnehavare konstruerat en modell för att kringgå konsumtionsprincipen.³⁶ När en kund köper en licens till ett verk kan hen inte förfoga över den som om själva exemplaret vore köpt. Spridningsrätten till exemplaret finns kvar hos rättighetsinnehavaren i enlighet med URL 2 kap. 19 §. Licenser behandlas som en rättighet till föremålet för upphovsrätten, och kan därför bara överlåtas med rättighetsinnehavarens samtycke enligt 3 kap. 28 §.³⁷ Rättighetsinnehavaren skapar därmed ett monopol på digitala exemplar av verket, och kan ensam kapitalisera på dessa. Det finns alltså stora summor pengar att inkassera om man väljer att distribuera licenser till verk än istället för att sälja digitala exemplar.

2.4.2 Tekniska hinder - DRM

Det är inte heller ovanligt att digitala produkter förses med olika typer av tekniska skydd i syfte att kontrollera och förhindra kopiering och otillåten vidare spridning. Dessa kan se helt olika ut beroende på verkstypen och vem som framställt exemplaret, men kallas för Digital Rights Management och förkortas DRM. Gemensamt för dem är att de på ett eller annat tekniskt sätt omöjliggör överlåtelser av exemplaret, genom att exempelvis permanent binda exemplarets unika seriekod till ett användarkonto eller göra en inköpt musikfil ospelbar på alla andra än den ursprungliga köparens enheter. DRM har tidigare fått en teknikneutral definition, och översatt fritt till svenska lyder den enligt följande: "DRM är en teknik eller kombination av tekniker som används för att kunna övervaka och identifiera användandet av samt framtvinga användningsvillkor

³⁶ Winston. *Why Sell What You Can License?: Contracting Around Statutory Protection of Intellectual Property*. s. 11 ff.

³⁷ Rosén. *Upphovsrättens avtal*. s. 284.

för intellektuella tillgångar som existerar i digitalt format".³⁸ I min fortsatta framställning använder jag mig av denna vida definition när jag talar om DRM.

Det finns självklart ett stort ekonomiskt intresse av att kringgå sådana spärrar för att själva sprida vidare kopior av verket hos vissa personer, och det är därför förbjudet att på något sätt avlägsna dem enligt URL 6 kap. 52 d §, såvida inte rättighetsinnehavaren samtycker till förfarandet. Däremot gäller inte förbudet i den situationen då den som lagligen fått tillgång till exemplaret kringgår spärren för att själv kunna ta del av det.

Aktörer på den digitala marknaden har under många år genom denna affärsmodell i kombination med clickwrap-licenser kunnat skapa ett monopol på digitala exemplar av verk. Men så kom domen i UsedSoft-målet.

2.5 UsedSoft v Oracle

2.5.1 Bakgrund

UsedSoft GmbH är ett tyskt bolag vars affärsidé bygger på att köpa licenser till olika datorprogram från rättighetsinnehavarnas kunder för att i sin tur sälja dessa vidare till UsedSofts kunder i andra hand. En av de utvecklare tillika distributörer vars datorprogram blev föremål för UsedSofts försäljning var företaget Oracle International Corp., som stämde UsedSoft i tysk domstol och yrkade att man skulle upphöra med den delen av sin verksamhet. Målet kom ända upp till högsta instans i Tyskland, där man hänsköt en tolkningsfråga om artikel 4.2 i datorprogramdirektivet till EU-domstolen. En fråga EU-domstolen besvarade var huruvida artikeln som reglerar konsumtionsprincipen i fråga om datorprogram ska tillämpas även när licensavtal för digitala exemplar av datorprogram ingås.

2.5.2 Gäller konsumtionsprincipen vid ingående av programlicenser?

Bedömningen kom att skaka om mjukvarubranschen. Vid tolkningen av direktivet kom man fram till att artikeln i datorprogramdirektivet inte gör någon skillnad mellan programvaror som levereras som fysiska exemplar eller de som tillgängliggörs för

³⁸ Schollin. *Digital Rights Management: the new copyright*. s. 149.

köparen på rättsinnehavarens webbplats.³⁹ I sådana licensavtal har ett vidareförsäljningsförbud inte heller någon giltighet.⁴⁰

2.5.3 Förutsättningar för konsumtionsprincipens tillämpning

För att konsumtion av ett digitalt datorprogram ska vara för handen krävs först att den licens som utfärdats till kunden dels har upplåtits mot en engångsbetalning som motsvarar värdet på kopian av datorprogrammet och dels ska löpa på obegränsad tid.⁴¹ Situationen är här jämförbar med en transaktion som både rent formellt och de facto innebär ett köp av exemplaret. Vad avtalet säger i dessa avseenden är alltså utan betydelse om transaktionen till det yttre ser ut som ett köp. I och med att licenserna man utfärdade till programvaran i detta fall var av just sådan beskaffenhet ansågs därför exemplaren vara köpta på ett sådant sätt som medför att de konsumeras och äganderätten övergår.

Att tillämpa konsumtionsprincipen fullt ut på datorprogram som inte levererats genom något fysiskt lagringsmedium ansågs emellertid inte tekniskt lämpligt. Nedladdade versioner av datorprogram och andra digitala exemplar av verk kan olovligen mångfaldigas ett oändligt antal gånger och brukas av ett obegränsat antal människor samtidigt.⁴² EU-domstolen ställde därför upp två krav på den som vill göra gällande konsumtionsprincipen. En person som vill överlåta sin licens måste göra sin kopia obrukbar för att kunna åberopa konsumtionsprincipen. Vidare kan personen inte heller göra gällande konsumtion om hen delar upp sin licens till en eller flera andra personer som kan använda programmet parallellt med denne.⁴³

2.5.4 Ytterligare krav på leverantören

Oracle framförde å sin sida argument för att datorprogramdirektivet inte kunde tillämpas på mjukvaran i fråga av logiska skäl. I och med datorprogrammets digitala karaktär kan de kopieras ett oändligt antal gånger, och att det därför kan bli omöjligt att kontrollera huruvida det är fråga om en laglig överlåtelse. Man beförde därför att domstolens tolkning skulle öppna upp för ett kryphål i lagen, där en kund genom att

³⁹ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 47.

⁴⁰ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 77.

⁴¹ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 88.

⁴² Datorprogramdirektivet art. 4.1.a.

⁴³ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 69-70.

hävda konsumtion skulle kunna komma undan med att sälja piratkopierade datorprogram eller ett lovligt införskaffat datorprogram ett oändligt antal gånger.

Domstolen lät inte detta påverka sin bedömning, men insåg samtidigt problematiken i vad Oracle anförde. I avgörandet förklarade man därför att detta inte var ett juridiskt problem, utan ett tekniskt. Det är upp till mjukvaruutvecklare såsom Oracle att anpassa sig till datorprogramdirektivet, och får i så fall utveckla tekniska lösningar som möjliggör att en enskild kopia kan öronmärkas och överlåtas.⁴⁴

2.5.5 Vilken innebörd har UsedSoft-domen?

EU-domstolen beaktade att ett datorprogram som tillgängliggörs på webbplatsen hos en rättighetsinnehavare skiljer sig från ett som levereras på ett fysiskt lagringsmedium. Trots detta ansåg man att eftersom det rent praktiskt rör sig om två produkter med identiskt innehåll så ska de rent principiellt behandlas lika. En näringsidkare ska inte längre kunna kringgå konsumtionsprincipen genom teknikaliteter och därmed bygga upp ett slags monopol på digitala exemplar av datorprogrammet.⁴⁵

Genom avgörandet ska det inte längre spela någon roll för en kund huruvida hen väljer att köpa ett datorprogram digitalt eller som fysiskt exemplar i fråga om överlåtelser. Båda exemplaren går att omsätta i pengar när man inte vill ha kvar dem längre. Det borde nu finnas ett incitament hos rättighetsinnehavare att tillverka tekniska lösningar som möjliggör att ett digitalt verk kan överlåtas samtidigt som överlåtarens kopia av exemplaret görs oanvändbar. Allt annat skulle innebära att andra personer allt lättare olovligen kommer att kunna tjäna pengar på deras bekostnad.

Skulle en liknande tvist uppstå i Sverige så hade rättsfallet dessutom utgjort bindande praxis i svensk domstol i enlighet med vad som ovan redogjorts för i avsnitt 2.2. Hur det kommer att tillämpas beror helt på de individuella förutsättningar som skulle föreligga i en sådan tvist.

⁴⁴ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 79.

⁴⁵ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 49.

2.6 UsedSoft-domens normativa utrymme

Det finns två relevanta EU-direktiv på området: infoc- och datorprogramdirektivet. Den fråga EU-domstolen hade på sitt bord rörde sig om tillämpningen av det senare, som bara reglerar upphovsrätt för datorprogram. Dator- och TV-spel har länge ansetts som datorprogram i svensk rätt,⁴⁶ men i januari i år ansåg EU-domstolen att dessa är en blandning av datorprogram och bild, ljud samt andra typer av konstnärliga skapelser.⁴⁷ Frågan är hur UsedSoft-domen förhåller sig till andra verkstyper än just datorprogram, och om dessa faller utanför UsedSofts tillämpningsområde. Man kan inte med säkerhet ge en prognos på hur EU-domstolen skulle tolka konsumtionsregeln i infoc-direktivet i en UsedSoft-liknande tvist. Kanske kommer UsedSoft-domen att få en prejudicerande effekt för alla verkstyper, eller bara begränsa sig till datorprogram. Jag kommer här att presentera några faktorer som talar mot respektive för en utvidgad tillämpning av UsedSoft-domen.

Vad som talar mot en vidare tillämpning av UsedSoft-domen är främst att infoc- och datorprogramdirektivet har en inbördes relation mellan varandra, och det senare utgör *lex specialis* i förhållande till det andra.⁴⁸ Eftersom datorprogram behandlas i ett eget direktiv kan det alltså vara så att EU-domstolen anser att frågan ska behandlas helt annorlunda när det gäller andra verkstyper. Vidare omfattas uttryckligen enbart fysiska exemplar av verk inom infoc-direktivets tillämpningsområde vad gäller konsumtion, men då skall även beaktas att direktivet tillkom långt innan den digitala marknaden riktigt slagit igenom och tekniken nått den utvecklingsgrad som vi står vid idag.⁴⁹

Det finns däremot flera faktorer som tillsammans talar för att ge UsedSoft ett vidare tillämpningsområde. När man i Sverige under 80-talet utredde vilken typ av skydd datorprogram skulle kunna åtnjuta kom man fram till att ett upphovsrättsligt skydd vore det bästa. Man ansåg nämligen att datorprogram ger uttryck för samma mänskligt andliga skapande som vilken annan typ av verk som helst. Programmering ställer upphovsmannen inför samma valsituationer som kräver att hen använder sina egna

⁴⁶ NJA 2005 s. 580.

⁴⁷ Mål C-355/12 *Nintendo Co. Ltd m.fl. v PC Box Srl och 9Net Srl* p. 23.

⁴⁸ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 56.

⁴⁹ Infoc-direktivet skäl 28.

kunskaper och förmågor för att uppnå bästa möjliga slutprodukt.⁵⁰ Trots att datorprogram är en helt annan verkstyp än andra typer av konstnärliga verk är de alltså ändå lika i upphovsrättsligt hänseende.

Vidare kan man ur skälen i UsedSoft-domen utläsa att om en nedladdning av ett digitalt exemplar av ett datorprogram innebär en äganderättsövergång i enlighet med målets premisser ska innebörden av ordalydelsen "överföring till allmänheten" i datorprogramdirektivet ha samma innebörd som "spridning till allmänheten" i infosoc-direktivet.⁵¹ Det här tolkar jag som en antydning till att digitala exemplar av andra typer av verk än datorprogram kan bli föremål för konsumtion på samma sätt, eftersom man här medger att situationerna är lika.

Med hjälp av Ekelöfs teleologiska modell kan en argumentation föras för att UsedSoft-principen skulle kunna tillämpas även på andra verkstyper. Ett av ändamålen bakom konsumtionsregeln så som den kommer till uttryck i UsedSoft-domen kan nämligen utläsas ur dess skäl. Att aktörer i allt större utsträckning går över till digital distribution av exemplar ska inte innebära att konsumtionsprincipen upplöses i intet, utan den ska leva vidare och anpassas efter de samhällseliga fenomen vi ser. När liknande förutsättningar är för handen som de i UsedSoft ska det inte spela någon roll för en kund om hen köper ett exemplar i digital eller fysisk form.⁵² Varför ska man då betrakta digitala exemplar av datorprogram som en udda fågel på den digitala marknaden?

För att illustrera poängen i min teleologiska argumentation för läsaren använder jag mig här av en liknelse. UsedSoft-domen kan liknas vid ett paraply i ett regnväder där paraplyet skyddar bärarens frisyr från att bli förstörd av regnet. Bäraren hade till en början kanske bara i åtanke att paraplyet skulle användas för att skydda sin egen frisyr, men nu förstör regnet frisyren hos en vän som står bredvid. Man kan rimligen påstå att ett av detta paraplys ändamål är att skydda frisyren från att bli förstörd av regn, eftersom skyddsbehovet och personernas intressen i situationen är identiska. Paraplyet borde därför sträckas ut till den grad att båda personerna ryms under det. På samma sätt

⁵⁰ SOU 1985:51 s. 88.

⁵¹ Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 52.

⁵² Mål C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* p. 47.

som med paraplyet borde UsedSoft-domens normativa utrymme utvidgas när syftet bakom konsumtionsprincipen inte är begränsat till enbart datorprogram.

Konsumtionsprincipen existerar för alla verkskategorier och av samma skäl. Den är en kompromiss mellan rättighetsinnehavarens ekonomiska intressen och det faktum att fri handel och andrahandsmarknader är något som är eftersträfvansvärt i en marknadsekonomi. Den syftar till att möjliggöra en fri konkurrens på marknaden för att olika aktörer ska kunna konkurrera på lika villkor. Ett av avgörandets ändamål i sig är att konsumtionsprincipen ska leva vidare trots att marknaden förändras och ändamålet med konsumtionsprincipen är likadant oavsett verkstyp. Det finns enligt mig ingen konkret anledning att tro att principen bara skulle gälla för datorprogram när kundintresset är detsamma. Sammantaget och med beaktande av att det övervägande skäl talar för det så torde UsedSoft-domen även kunna tillämpas på andra typer av upphovsrättsligt skyddade verk än datorprogram.

3. Fallstudie av marknaden

I detta kapitel kommer jag i fem olika avsnitt presentera var och en av aktörerna som förekommer i fallstudien för sig. Varje avsnitt inleds med en kortare beskrivning av aktören, den tjänst man erbjuder och åtföljs av en genomgång av dess användaravtal. Sedan går jag in på tjänstens tekniska utformning och avslutar med frågor kring överlåtelser.

3.1 Steam

3.1.1 Beskrivning av aktören och tjänsten

Under 90- och det tidiga 00-talet kom den amerikanska spelutvecklaren Valve Corporation (Valve) att skapa några av vår tids bäst ansedda datorspel. I skrivande stund är Valve ägare av den mest använda digitala speltjänsten för datorspel med över etthundra miljoner aktiva konton: Steam. Samtidigt som Steam är en social gemenskapsplattform där spelare världen över möts för att spela, diskutera och dela med sig av sitt egenskapade innehåll till spel så har Steam dessutom en köptjänst (Steam Store) med det bredaste utbudet av datorspel på den digitala marknaden.⁵³

I Steams utbud finns utöver Valves egna spel nämligen tusentals andra spel som andra spelutvecklare distribuerar digitalt med Valve som mellanhand. Genom Steam beräknades Valve i oktober 2013 därför ha en marknadsandel på den digitala datorspelsmarknaden på cirka 75 procent, vilket gör Steam till den i särklass dominerande aktören när det gäller digital försäljning av datorspel idag.⁵⁴

Genom att registrera ett konto hos Steam får kunden möjlighet att påbörja byggandet av ett digitalt spelbibliotek. Steams användare kommer åt Steam Store antingen genom Steams skrivbordsklient, webbläsaren eller genom app.

⁵³ Valve Launches Steam Discovery Update, Personalized Shopping (2014-09-22)
<http://store.steampowered.com/news/14478/>

⁵⁴ Edwards, Cliff. *Valve Lines Up Console Partners in Challenge to Microsoft, Sony*; Bloomberg, 2013-11-04.
<http://www.bloomberg.com/news/2013-11-04/valve-lines-up-console-partners-in-challenge-to-microsoft-sony.html>

3.1.2 Avtalet

I samband med att användaren registrerar ett konto hos Steam ingås ett avtal (abonnentavtalet). Det reglerar villkoren mellan Steam och dess användare vid köp. Abonnentavtalet måste till sin helhet accepteras av användaren innan kontot kan registreras, vilket innebär att det rör sig om en clickwrap-licens. Redan i inledningen av avtalet benämns dessutom Steams användare som prenumeranter (subscribers) och datorspelen i utbudet kallas prenumerationer (subscriptions). Transaktionerna på Steam benämns här som licenser som utfärdas på obegränsad tid som utfärdas till användaren mot en engångsbetalning. Enligt avtalet medför transaktionen inte någon äganderättsövergång av exemplaret av datorspelet.⁵⁵ En transaktion på Steam medför enligt Valve att användaren blir ägare av en prenumeration på ett datorspel. Efter en transaktion förblir istället äganderätten till det digitala exemplaret kvar hos rättighetsinnehavaren.⁵⁶

3.1.3 Hur kunden får tillgång till produkten

När en transaktion genomförs kopplas användarkontot till en digital produktnyckel. Denna möjliggör nedladdning av en digital kopia av datorspelet från Steams dataservrar till användarens hårddisk genom skrivbordsklienten. För att kunna starta det digitala exemplaret av datorspelet måste man också köra det genom själva skrivbordsklienten, eftersom det nedladdade exemplaret är låst till användarens konto och varken kan eller får köras självständigt.⁵⁷ Skrivbordsklienten fungerar således som en DRM som förhindrar piratkopiering men samtidigt kontrollerar att personen som startar spelet är samma användare som köpte datorspelet. Utan kopplingen till användarkontot som genomförde transaktionen är det digitala exemplaret på användarens hårddisk obrukbar, såtillvida inte avancerade ingrepp i programkoden utförs.

3.1.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga

Som ovan redogjorts för tillämpar Valve en restriktiv affärsmodell när det kommer till äganderätt till spel genom att klassificera transaktionerna som licensieringar och exemplaren av datorspel som prenumerationer. Användarens rättigheter att förfoga över kontot och prenumerationerna som låsts till det är inte alltför stora heller. I

⁵⁵ Steams abonnentavtal p 2.A.

⁵⁶ Ibid. p 2.F.

⁵⁷ Ibid. p. 2.A.

abonnentavtalet återfinns ett strikt förbud mot att mot ersättning till en tredje part upplåta sitt konto till andra, överlåta kontot i sin helhet eller enskilda prenumerationer kopplat till det förutom när avtalet explicit ger uttryck för det.⁵⁸ Jag kan inte hitta ett sådant undantag i abonnentavtalet.

Valve gör däremot klart att de kan komma att erbjuda möjligheter för byten och försäljning av särskilda typer prenumerationer användare emellan. En sådan tjänst kan komma att ske mot betalning till Valve, och sådana överenskommelser som träffats om överlåtelser utanför Steam kommer att anses som ogiltiga.⁵⁹ För närvarande erbjuder Valve en bytestjänst till Steams användare. Genom skrivbordsklienten kan användare som lagt till varandra som vänner på Steam öppna ett gemensamt fönster där en byteshandel kan äga rum. Båda användare får se en lista på vad de själva kan erbjuda, samt en lista på vad motparten har att erbjuda för att man i chattfönstret ska komma överens om hur bytet ska se ut. Däremot kan användare bara byta spel som har köpts "som en gåva" och aldrig använts av användaren själv, och tjänsten används främst för att kunna byta virtuella föremål som bara existerar inuti ett visst datorspel.⁶⁰ Den enda praktiskt genomförbara överlåtelser som står användaren till buds är att antingen överlåta ett datorspel som köpts som gåva och aldrig startats eller det konto som ett datorspel är kopplat till, varav det senare är explicit förbjudet. Två fall där det senare hade inträffat prövades i Tyskland både innan och efter UsedSoft-domen föll.

3.1.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?

Sedan flera år tillbaka har det funnits starkt missnöje med den begränsade möjlighet man har att kunna förfoga över spel hos Steam. Värt att anmärka är den tyska konsumentorganisationen Verbraucherzentrale Bundesverband (Vzbv) som därför försökte att driva ett mål mot Valve. Vzbv gjorde där gällande att det stod i strid mot konsumtionsprincipen att som Valve förbjuda överlåtelser av användarkonton på Steam. Målet kom upp till högsta tysk instans år 2010, där Vzbv:s käromål avslogs. Rätten ansåg att det vore alltför långtgående att applicera konsumtionsprincipen på överlåtelser

⁵⁸ Ibid. p. 1. 5 st.

⁵⁹ Ibid. p. 3.D.

⁶⁰ Steam Trading - Steam Support https://support.steampowered.com/kb_article.php?ref=6748-ETSG-5417

av användarkonton eftersom det skulle ha medfört att Valve skulle bli tvungna att lägga om hela sin verksamhetsmodell.⁶¹

Efter UsedSoft-domen väckte Vz bv åter igen talan mot Valve i en liknande tvist i tysk domstol. Rätten ansåg inte att omständigheterna i det här fallet var jämförbara med omständigheterna i UsedSoft-målet eftersom det då endast rörde sig om överlåtelser av licenser till datorprogram. Eftersom ett användarkonto på Steam innefattar andra onlinetjänster ansågs konsumtionsprincipen som dess nuvarande lydelse inte vara tillämplig.⁶² Jag har kontaktat Steams support med överlåtelsefrågor, och fick följande svar efter nästan en månads tid.

Från: Anton Winther
Till: Steam Support
Skickat: 2014-11-06 10:04
Ämne: Is it possible to transfer a game to another account?

Hello,

I've had a digital copy of a game that I didn't enjoy in my library for quite some time. Simply put, the gameplay was way below all my expectations. As so happens, one of my friends is a huge fan of this game. She said that she was willing to buy my digital copy of the game if possible, since I never even play it anymore. My question is: will you help me transfer the game from my Steam account to her Steam account?

Best regards,
Anton

Från: Steam Support
Till: Anton Winther
Mottaget: 2014-11-30 01:46
Ämne: Is it possible to transfer a game to another account?

Hello Anton,

Thank you for contacting Steam Support.

We apologize for the delay.

Steam game subscriptions, CD keys, and redeemed gifts are non-transferable and cannot be reset or moved between Steam accounts.

We will be unable to transfer games or items between accounts. In order to play a game, you must be logged in to the account on which that game was originally activated or purchased.

Similarly, Steam Support cannot move in-game items between accounts, and Steam accounts cannot be merged.

⁶¹Osborne Clarke. *Update: Valve May Prohibit Steam Account Transfers – German Judgment Published*, 2014-03-25. <http://www.osborneclarke.com/connected-insights/publications/update-valve-may-prohibit-steam-account-transfers-german-judgment-published/>

⁶² Ibid.

3.2 iTunes Store

3.2.1 Beskrivning av aktören och tjänsten

Inte nog med att vara en av världens ledande utvecklare och försäljare av datorer och mobiltelefoner i dagsläget så driver Apple Inc. (Apple) dessutom en av världens största onlinebutiker för digitala produkter: iTunes Store. När det kommer till försäljning av digital musik är Apple ledande på marknaden, där man i februari 2013 tillkännagav att man hade nått tjugofem miljarder köpta och nedladdade låtar och därmed var störst i världen.⁶³ Utöver ett gediget musikutbud erbjuds i iTunes Store exempelvis TV-serier och filmer som säljs som digitala nedladdningar, där man också är den dominerande aktören med ett marknadsinnehav på cirka 65 procent.⁶⁴ Dessutom har Apple en avskild avdelning för e-böcker i sin affär: iBooks Store.

För att genomföra ett köp registrerar man ett användarkonto (Apple ID). Kunden kommer åt iTunes Store genom att logga in med sitt Apple ID genom antingen Apples musikspelarprogram iTunes eller genom app. I och med att användandet av Apples mobila enheter idag är väldigt utbredd är iTunes Store för många det enklaste alternativet med tanke på att enheterna idag är integrerade med den. Det behövs därför knappast påpekas att iTunes Store i många fall är ett självklart val för en kund som vill köpa antingen musik, e-böcker, film eller TV-serier digitalt.

3.2.2 Avtalet

Innan en kund kan använda sitt Apple ID för att handla på iTunes Store möts man av ett omfattande avtal (nedan kallat användarvillkoren) vars hela innehåll måste accepteras innan man kan ta sig vidare in i butiken. I villkoren benämns hela utbudet under samlingsbegreppet iTunes-produkter,⁶⁵ och köpen klassificeras längre fram i villkoren som köp av licenser till iTunes-produkter av Apple.⁶⁶ En transaktion hos iTunes Store

⁶³ Apple. *Apples Pressinfo*. (2013-02-06).

<https://www.apple.com/pr/library/2013/02/06iTunes-Store-Sets-New-Record-with-25-Billion-Songs-Sold.html>

⁶⁴ The NPD Group. *The NPD Group: Apple Dominates Internet Video Market*. 2013-04-23.

<https://www.npd.com/wps/portal/npd/us/news/press-releases/the-npd-group-apple-itunes-dominates-internet-video-market/>

⁶⁵ *iTunes Store - Villkor för tjänsten*, punkten B. under rubriken "ITUNES STORE-TJÄNSTEN".

⁶⁶ *Ibid.* punkten B. under rubriken "ANVÄNDNING AV INNEHÅLL".

medför att kundens Apple ID får en rättighet att ladda ned iTunes-produkten ett oändligt antal gånger låst till sig under en obegränsad tidsperiod.⁶⁷

3.2.3 Hur kunden får tillgång till produkten

Rättigheten innefattar däremot inte en oändlig källa av exemplar av verket. Den köpta licensen till verket begränsas på så vis att den endast kan laddas ned till hårddisken på fem olika datorer som är auktoriserade av kunden i iTunes.⁶⁸ Köpen kan även laddas ned till lagringsminnet på maximalt tio enheter som är kopplade till det Apple ID som genomförde transaktionen.⁶⁹ Tidigare var alla digitala filer inköpta genom iTunes Store befattade med Apples eget DRM, som heter FairPlay. Nu har Apple däremot sedan ett antal år tillbaka tagit bort DRM från de musik- och videofiler man säljer genom iTunes Store.⁷⁰ När filer laddas ned från Apples dataservrar förses de med FairPlay och kan sedermera endast användas av den användare som köpte det digitala exemplaret.⁷¹

3.2.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga

Det finns i dagsläget ingen möjlighet att göra en fullständig överlåtelse av köpta iTunes-produkter som låsts till ett Apple ID till ett annat. Däremot kan en av användaren nedladdad kopia av verket överlåtas genom kopiering, men den ursprunglige köparen har alltså kvar rättigheten till iTunes-produkten hos sitt Apple ID. Det finns inte heller några möjligheter för användaren att avlägsna rättigheten från sitt Apple ID.

Det enda sättet att i realiteten överlåta ett köp är att överlåta ett Apple ID, men då följer samtliga rättigheter som låsts till det med. Att överlåta ett Apple ID är ingenting Apple explicit förbjuder i användaravtalet och det finns inget ytterligare som tyder på att man från Apples sida har någonting emot att ett Apple ID byts mellan personer.

⁶⁷ Ibid., punkten B. under rubriken "DITT KONTO".

⁶⁸ Ibid. punkten B. under rubriken "ANVÄNDNINGSGREGLER" (ii).

⁶⁹ Ibid. punkten B. under rubriken "AUTOMATISK NEDLADDNING AV TIDIGARE FILMKÖP" (i).

⁷⁰ Cohen, Peter. *iTunes Store goes DRM-free*; Macworld, 2009-01-06.
<http://www.macworld.com/article/1137946/itunesstore.html>

⁷¹ Schollin. *Digital Rights Management: the new copyright*. s. 181 ff.

3.2.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?

Med sin dominerande marknadsandel är Apple en av de tunga aktörerna på marknaden för digitala produkter. Hos kunder har intresset för att kunna sälja vidare bland annat inköpt digital musik som man inte längre vill ha kvar ökat. Flera uppstickare till företag har därför utmanat Apples position på olika sätt.

Ett av företagen som har en nagel i rättighetsinnehavarnas ögon är ReDigi Inc. (nedan kallat ReDigi). Med en plattform för personer att sälja musik de köpt digitalt till andra personer är ReDigi en slags digital andrahandsmarknad. För att förhindra piratkopiering använder ReDigi sig av en teknik som verifierar att musikfilen är förvärvad på ett lagligt sätt av säljaren, och att varje kopia av musikfilen hos säljaren raderas i samband med försäljningen. Lösningen innebär i realiteten att det enbart är musik som är inköpt på iTunes Store som är kompatibel med tjänsten.⁷²

Rättighetsinnehavarna blev knappast glada när ReDigis verksamhet började breda ut sig. Skivbolaget Capitol Records ansåg att ReDigi bröt mot copyright-lagstiftningen och gjorde därför rättssak av det hela, och fick bifall till sin talan i amerikansk domstol i mars 2013.⁷³ Mitt under processen fick Apple och den digitala jätten Amazon beviljat varsin patentansökan på liknande tekniska lösningar som möjliggör andrahandsförsäljning av deras digitala produkter. Till skillnad från ReDigi och Amazon möjliggör Apples patent att rättighetsinnehavaren får en viss andel av försäljningsbeloppet.⁷⁴ Än så länge erbjuder däremot inte Apple någon sådan tjänst till sina användare. Det kan mycket väl vara så att Apple såg behovet av en andrahandsmarknad i och med ReDigis framgångar och agerade därefter för att kunna konkurrera med ReDigi om utgången i processen hade varit annorlunda.

Jag har varit i kontakt Apples kundsupport per telefon i samband med ett privat ärende, och frågade om jag samtidigt kunde överlåta ett låt jag köpt hos iTunes Store. Då fick

⁷² ReDigi. *About ReDigi - Newsroom*. <http://newsroom.redigi.com/about/>

⁷³ Sisaro, Ben. *A Setback for Resellers of Digital Products*; The New York Times, 2013-04-01. http://www.nytimes.com/2013/04/02/business/media/redigi-loses-suit-over-reselling-of-digital-music.html?_r=0

⁷⁴ Newman, Jared. *Apple Patents a System for Second-Hand iTunes Sales*; Time, 2013-03-08. <http://techland.time.com/2013/03/08/apple-patents-a-system-for-second-hand-itunes-sales/>

jag svaret att en sådan överlåtelse var omöjlig eftersom den inköpta iTunes-produkten var låst till det Apple ID som genomförde transaktionen.

3.3 CDON.COM

3.3.1 Beskrivning av aktören och tjänsten

För många svenska kunder är CDON.COM (nedan kallat CDON) säkerligen nästintill synonymt till onlinehandel. Det är ursprungligen en onlinebaserad skivbutik men numera ett internetbaserat varuhus som dessutom är det största i Norden. På CDON finns ett enormt utbud av fysiska produkter redo för hemleverans, men man har även gett sig in på den digitala marknaden.⁷⁵ Hos CDON kan en kund idag köpa digitala nedladdningar av musik, datorspel, e-böcker och ljudböcker.

3.3.2 Avtalen

Innan en kund kan köpa en digital produkt måste hen registrera sig som en ny kund hos CDON. För att kunna slutföra registreringen krävs först att kunden accepterar CDON:s allmänna villkor. Villkoren för digitala köp finns däremot inte reglerade i dessa, utan återfinns som separata köpvillkor. Lustigt nog ombeds varken läsa genom eller acceptera dessa innan transaktionen genomförs, varpå det förblir högst oklart huruvida dessa ens är bindande för kunden.

Oavsett deras avtalsrättsliga giltighet regleras där i vart fall inte om transaktionen avser ett köp eller en licens. Jag tolkar därför detta avtal som ett köpeavtal. Vad köpet faktiskt innebär framgår först vid närmare undersökning av hemsidan olika sektioner.

3.3.3 Hur kunden får tillgång till produkten

CDON:s digitala köp utgörs av en tjänst som kallas för On Demand. Det man kan utläsa ur köpvillkoren är i vart fall information om att digitala köp hålls tillgängliga för nedladdning ett oändligt antal gånger på kundens användarkonto i maximalt två år efter det att varan köptes genom en tjänst som kallas Redownload.⁷⁶

När det kommer till hur de olika digitala produkterna tillgängliggörs och levereras ser det olika ut beroende på vilken typ av produkt det är fråga om. Datorspel säljs främst

⁷⁵ CDON.COM. *Om företaget*. http://cdon.se/kundservice/om_foretaget/

⁷⁶ CDON.COM - *Köpvillkor, Digitala Produkter*, punkt 4.

som produktnycklar som sedan kan användas för att koppla ett spel till ett användarkonto hos olika speltjänster såsom exempelvis Steam, men säljs även i vissa enstaka fall som rena nedladdningar av spelet i fråga.⁷⁷ Produktnycklarna är således egentligen inte datorspel, utan snarare en kod för att genom en anvisad tjänst kunna ladda ned ett datorspel. Musik och ljudböcker säljs å andra sidan som rena .mp3-filer som laddas ned genom Redownload.⁷⁸ För E-böcker är lösningen motsvarande, och de säljs som nedladdningsbara filer.

3.3.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga

Att datorspelen säljs som rena nedladdningar är snarare undantag än regel. Speltjänsterna fungerar då som ett slags DRM. När produktnyckeln väl används måste användaren acceptera speltjänstens licensavtal, och när datorspelet aktiverats är det låst till användarens konto på tjänsten i fråga (innebörden av detta har tidigare redogjorts för i avsnitt 3.1.4 i fallet Steam). Produktnycklar kan överlåtas fritt, eftersom de bara är unika serier bokstäver och siffror. Men eftersom de endast kan aktiveras en gång förlorar de allt värde efter den tidpunkten, och överlåtelser av spel som är låsta till exempelvis Steam är i dagsläget tekniskt omöjligt. Man kan därför säga att CDON säljer koder som ger kunden en rätt att ingå ett licensavtal till datorspelet i fråga tillsammans med en tredje part.

Digital musik och ljudböcker säljs som DRM-fria .mp3-filer, och kan därför med enkelhet kopieras och överlåtas till någon annan. När det kommer till e-böcker så ser det lite olika ut eftersom CDON säljer e-böcker i flera olika format. De vanligast förekommande formaten i butiken är .epub och .pdf som är fria från DRM och kan därför också överlåtas enkelt av en användare. CDON uppger själva att andra format som innehåller DRM också finns i butiken, men efter flera av mig genomförda stickprover verkar den andelen försvinnande liten.⁷⁹ Ägaren till e-bok köpt hos CDON kan alltså i de flesta fall överlåta den till en mottagare.

⁷⁷ CDON.COM. *Downloads (PC & Mac) - Så fungerar det.* <http://cdon.se/spel/downloads/#dlinfo>

⁷⁸ CDON.COM. *Allmän information - On Demand.*
http://downloads.cdon.com/index.phtml?action=nav_page&navigation_id=23554

⁷⁹ CDON.COM. *FAQ - E-böcker.* <http://cdon.se/böcker/e-böcker/faq/>

3.3.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?

Det finns i nyhets- och branschmedier inget som ger en konkret aning om huruvida CDON har tagit ställning till överlåtelser av de digitala produkter de säljer. I CDON:s olika villkor förbjuds inte heller överlåtelser av varken köpta filer eller produktnycklar explicit. Från CDONs sida talas visserligen om att e-böcker köpta hos dem inte ska bli föremål för otillbörlig vidare spridning, men detta tycks snarare ge uttryck för att man vill att kunderna ska undanhålla sig från piratkopiering av produkterna.⁸⁰ CDON:s kundservice kontaktades av mig per e-mail där jag frågade om en överlåtelse av ett digitalt inköp var möjlig och om jag i sådant fall kunde få hjälp med det. Jag fick då ett nekande svar. Nedan följer vår korrespondens.

Från: Anton Winther
Till: CDON.COM Kundservice
Skickat: 2014-11-06 10:30
Ämne: Överföring av digitala inköp

Hej,

För ett tag sedan köpte jag en e-bok hos er som var jättespännande. Nu är min vän intresserad av att läsa boken efter mig, och eftersom jag mycket väl inte kan ge bort min läsplatta så undrar jag om jag på något sätt kan överlåta ett digitalt inköp till henne så hon kan ta över den och om ni kan hjälpa mig med det?

Vänligen,
Anton

Från: CDON.COM Kundservice
Till: Anton Winther
Mottaget: 2014-11-06 14:27
Ämne: Överföring av digitala inköp

Hej,

Tack för ditt mail.
Det är dessvärre inte möjligt då dessa produkter låses till användarkontot.

Med vänliga hälsningar

Anders

⁸⁰ CDON.COM. FAQ - E-böcker. <http://cdon.se/böcker/e-böcker/faq/>

3.4 PlayStation Store

3.4.1 Beskrivning av aktören och tjänsten

Vi har alldeles nyligen trätt in i en helt generation av TV-spel. Speljättarna Sony, Nintendo och Microsoft har släppt sina nya spelkonsoler och kämpar alltså om kundernas pengar. Med den nya tekniken och en ökad internettillgång är det nu lättare än någonsin att distribuera spel digitalt, och samtliga aktörer har en egen tjänst för detta. Sony Corporation (nedan kallad Sony) har med sin serie PlayStation-spelkonsoler en dominerande marknadsandel och ett gediget utbud av speltitlar.⁸¹ Till deras spelkonsoler finns en digital butik för PlayStation-spel och digitalt innehåll till spelen integrerat i spelarportalen PlayStation Network som kallas PlayStation Store.

Genom att användaren skapar ett Sony Entertainment Network-konto (SEN-konto) får hen tillgång till PlayStation Network (PSN) och PlayStation Store. Hos den senare kan användaren sedan köpa TV-spel genom sin PlayStation-konsol och direkt ladda ned dem till den.

3.4.2 Avtalet

I samband med att en användare registrerar ett SEN-konto måste en bekräftelse ske av att användaren läst, förstått och accepterar tjänstevillkoren. I dessa definieras köp av digitala produkter hos PlayStation Store som en order. Vad en order innebär rent faktiskt är att det är en licens som säljs, och den medför därför inte heller någon övergång av äganderätt till den digitala produkten.⁸²

3.4.3 Hur kunden får tillgång till produkten

När en order genomförts hos PlayStation Store finns spelet tillgängligt för nedladdning till kundens PlayStation-hårddisk, där den sedan kan användas efter nedladdning. Det är således själva SEN-kontot som får en rättighet att ladda ned och spela spelet låst till sig. Sony anger specifikt att de spel och andra produkter som köps genom PlayStation Store kan komma att levereras med DRM som innebär att endast det SEN-konto som stod för köpet av produkten kan använda dem. Rätten att ladda ned spelet gäller däremot ett obegränsat antal gånger, under förutsättning att det är till en PlayStation-konsol som är

⁸¹ Richter, Felix. *Sony Trumps Nintendo in Shrinking Console Market*; Statista, 2014-06-11.
<http://www.statista.com/chart/2345/video-game-console-sales/>

⁸² *Tjänstevillkor för SEN*, punkt 7. (xii).

aktiverad hos det SEN-konto som genomförde ordern.⁸³ I dagsläget kan bara två konsoler aktiveras för spel som köpts digitalt av ett och samma SEN-konto.⁸⁴ För den nya generationen PlayStation-konsoler, PlayStation 4, kan bara en sådan enhet aktiveras per SEN-konto.⁸⁵

En kund som inte använt sitt SEN-konto på mer än två år riskerar dessutom att förlora tillgång till de spel hen köpt i PlayStation Store för all framtid i och med att Sony förbehållit sig en fakultativ rätt att kunna avsluta ett sådant inaktivt konto.⁸⁶

3.4.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga

Som ovan redogjorts för måste det finnas en koppling mellan den som försöker starta spelet och det SEN-konto som köpte spelet, annars är det digitala exemplaret av spelet på hårddisken obrukbart. Men om den kopplingen överförs från den ursprunglige kunden till en annan användaren skulle spelet rent tekniskt kunna spelas av mottagaren. Sony har gjort detta mer eller mindre omöjligt i dagsläget. I tjänstevillkoren regleras den förfoganderätt kunden har till licensen till spelet, och där stadgas att för att kunna överlåta en produkt köpt genom PlayStation Store krävs uttryckligt medgivande.⁸⁷ Enligt PlayStations supportsida är överlåtelser av denna karaktär ingenting man tillåter över huvud taget i dagsläget.⁸⁸ Vidare förbjuder Sony alla typer av kopiering av spel. I och med det och i kombination med spelens DRM är försök att överlåta ett spel genom kopiering och kringgående av DRM både avtalsstridiga och i princip omöjliga utan kvalificerade ingrepp i konsolen.⁸⁹

Däremot är överlåtelse av ett helt SEN-konto inklusive de licenser som är låsta till det inget som explicit förbjuds i tjänstevillkoren. Det är tekniskt möjligt att en användare överlåter sina inloggningsuppgifter till en ny användare för att denne sedan ska kunna ändra lösenordet bara hen känner till och logga in på sin egen PlayStation-enhet. Detta

⁸³ Ibid. punkt 11.

⁸⁴ Playstation. *Activate / Deactivate a System on the PlayStation®Network*.
https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/796/kw/activate

⁸⁵ Playstation. *Activate /Deactivate Primary PS4*.
https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/5059

⁸⁶ Ibid. punkt 17.

⁸⁷ *Tjänstevillkor för SEN*, punkt 13, fjärde stycket (i).

⁸⁸ Playstation. *Transfer Purchased Content to Another Account*.
https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/339/~transfer-purchased-content-to-another-account

⁸⁹ *Tjänstevillkor för SEN*, punkt 13, fjärde stycket (iv)-(vi).

förutsätter däremot att den ursprungliga PlayStation-enheten deaktiveras och den nya aktiveras istället.⁹⁰

3.4.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?

Köp som genomförts på ett SEN-konto kan som sagt inte i dagsläget överlåtas genom kopiering eller genom överlåtelse av licensen till ett annat SEN-konto. För att kunna förstå Sonys allmänna syn på begagnatmarknaden för spel måste vi se till den uppståndelse som uppstod under produktionsfasen av jättens senaste spelkonsol PlayStation 4. I september 2012 ansökte Sony om patent för en teknisk lösning som skulle innebära att även fysiska exemplar av spel skulle vara obrukbara om en ny användare skulle försöka spela dem.⁹¹ Man skulle därmed ha kunnat kontrollera marknaden för fysiska spel på samma sätt som den för digitala spel. Efter att patentansökan uppdagades i januari 2013 så rasade människor världen över, och Sony gick strax därefter ut och bekräftade att begagnade PlayStation 4-spel inte skulle bli obrukbara på en ny spelkonsol.⁹² Exakt vad Sony menade med detta var länge höljt i dunkel. Inte förrän i juni 2013 och efter att konkurrenten Microsoft gått ut och sagt att deras nya spelkonsol (Xbox One) skulle kunna blockera begagnade fysiska exemplar av spel så hände någonting. Då tillkännagavs att i vart fall begagnade fysiska exemplar av PlayStation 4-spel skulle kunna överlåtas fritt.⁹³

Möjligtvis kan detta mycket väl ha varit en strategi enbart för att få övertaget mot konkurrenten Microsoft som också upprört människor världen över på samma sätt i PR-kampen. Detta tycks allt rimligare om man beaktar att Sony för mindre än ett år tidigare ville göra exakt samma sak. I tjänstevillkoren kan en vagt formulerad förklaring till varför Sony utformat sin digitala butik som den ser ut idag urskönjas. Den ger dessutom en aning om deras inställning till överlåtelser: "Vi kan erbjuda dig tjänsterna och/eller produkterna till angivet pris enbart för att de omfattas av DRM. Se till att du är införstådd med dessa restriktioner innan du genomför köpet." Att låsa fast licenserna

⁹⁰ Playstation. *Activate / Deactivate a System on the PlayStation®Network*.
https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/796/kw/activate

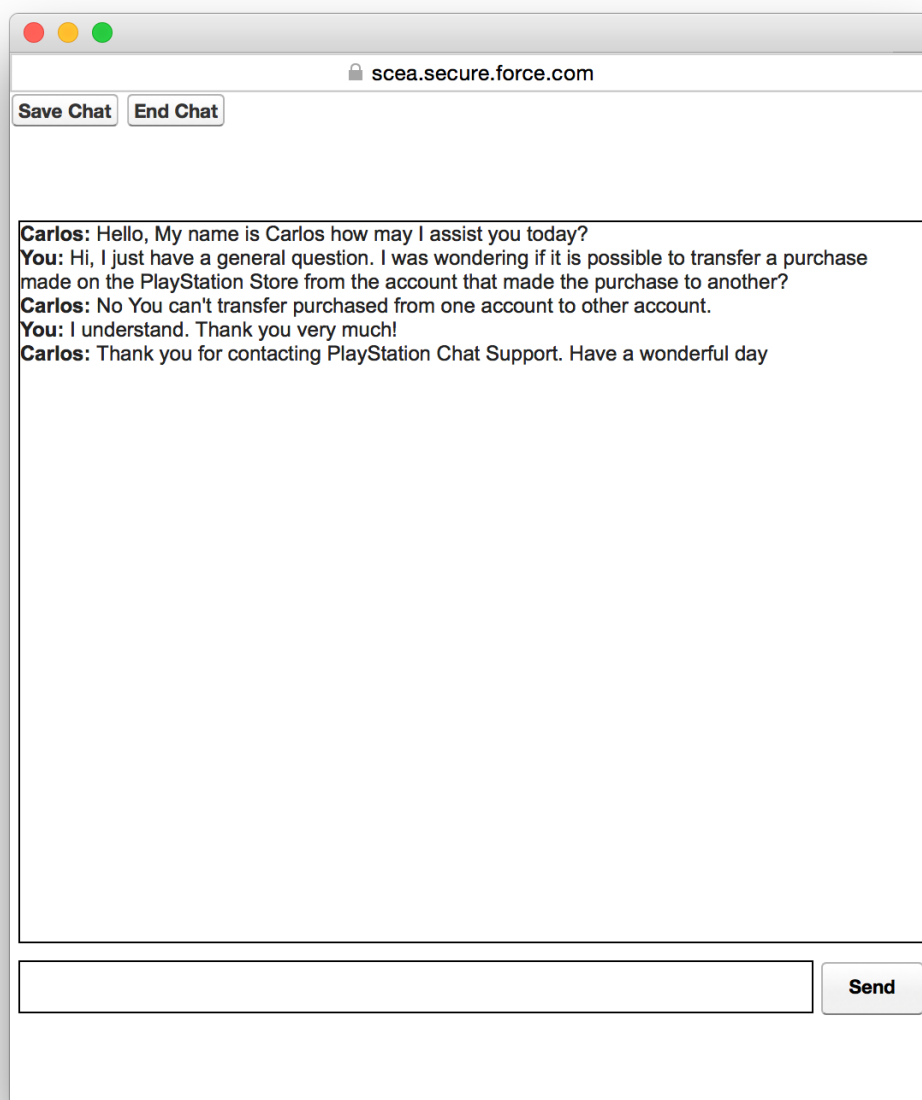
⁹¹ Makuch, Eddie. *Sony patents tech to block used games*; Gamespot, 2013-01-03.
<http://www.gamespot.com/articles/sony-patents-tech-to-block-used-games/1100-6401992/>

⁹² Makuch, Eddie. *Sony on PS4 used games: "We are going to do the right thing"*; Gamespot, 2013-02-26.
<http://www.gamespot.com/articles/sony-on-ps4-used-games-we-are-going-to-do-the-right-thing/1100-6404470/>

⁹³ Carnoy, David. *Sony: "We won't impose any restrictions on PS4 used games"*; CNET, 2013-06-10.
<http://www.cnet.com/news/sony-we-wont-impose-any-restrictions-on-ps4-used-games/>

hos kunderna är alltså enligt Sony en naturlig följd av prissättningen. Priserna ligger i själva verket oftast på samma nivå som i butik och är ibland ännu högre, vilket uppmärksammades av den digitala speltidningen Eurogamer under slutet av 2013.⁹⁴

Det finns med andra ord få faktorer som talar för att Sony i dagsläget av fri vilja vill sträcka sig så långt att tillämpa samma policy för de PlayStation-spel man säljer digitalt genom licens som den för fysiska exemplar. När jag kontaktar Sonys PlayStation-support med en fråga om överlåtelser får jag dessutom ett nekande svar.



⁹⁴ Yin-Poole, Wesley. *Sony explains PS4 digital game pricing*; Eurogamer, 2013-11-28. <http://www.eurogamer.net/articles/2013-11-28-sony-explains-ps4-digital-game-pricing>

3.5 comiXology

3.5.1 *Beskrivning av aktören och tjänsten*

Just nu är marknaden för serietidningar (i denna framställning kallade comics) helt annorlunda än för bara ett decennium sedan. Comics har gått från att vara en obskyr passion för en mindre skara människor till att istället nå ut till en enorm publik på vita duken. En stor del av de mest sedda filmer och tv-serier som produceras nu är nämligen direkt baserade eller inspirerade av karaktärer och berättelser som skapats av serietecknare och -författare. De har fått en helt ny publik att söka sig till att själva läsa comics. Den digitala tekniken med högupplösta mobiltelefoner och läsplattor har dessutom gjort comics ännu tillgängligare än någonsin, och många läsare söker sig därför dit. Med distributionsrätt från över etthundra förlag, och däribland fyra av de fem stora förlagen (Marvel, DC, IDW och Image Comics) är comiXology, som ägs av Amazon genom Iconology, den största plattformen för digitala comics idag.⁹⁵

Många av de stora comicförlagen har redan egna liknande tjänster men bara för de comics de själva ger ut. ComiXology samlar istället tusentals comics från massvis av förlag och självpublicerade kreatörer till sina registrerade kunder. Efter att ett köp fullföljts kan kunden läsa det digitala exemplaret direkt antingen genom hemsidan eller genom att vara inloggad i någon av comiXologys appar.

3.5.2 *Avtalet*

För att kunna registrera sig hos comiXology måste kunden först ha accepterat tjänstens terms of use (användarvillkor). Redan på dokumentets första sida anger man att tjänsten enbart erbjuder dess användare att köpa licenser till comics. En sådan transaktion medför i realiteten att kunden får en icke-exklusiv och icke-överlåtbar rättighet att ta del av det digitala exemplaret. Att comiXology använder sig av vokabulär såsom köp och försäljning som antyder annat på tjänsten innebär inte att licensen medför en äganderättsövergång enligt dem själva, utan det är licenser som utfärdas på portalen.⁹⁶

⁹⁵ comiXology. *Publishers*. <https://www.comixology.eu/browse-publisher>

⁹⁶ *Comixology.eu Website Terms of Use*, punkt 2.A.

3.5.3 Hur kunden får tillgång till produkten

De comics en kund köper hos comiXology görs tillgängliga genom ett molnbaserat system som ger kunden tillgång till ett digitalt exemplar så länge hen är inloggad.⁹⁷ Användaren får en rättighet att läsa exemplaret låst till sig. Detta innebär att det köpta exemplaret är villkorat den användare som köpte det när denne är inloggad på tjänsten, och fungerar därför som en slags DRM. Vissa comics säljs inklusive kostnadsfria DRM-fria nedladdningsbara filer i backupsyfte. Dessa kan laddas ned i filformaten .pdf och .cbz, och behöver därför inte läsas genom varken comiXologys hemsida eller app. De kan kopieras fritt och därför läsas av vem som helst men är fortfarande föremål för samma villkor som övriga comics.⁹⁸ Det bör dock påpekas att andelen comics som säljs med inkluderade DRM-fria nedladdningar är försvinnande liten i förhållande till den mängd comics som görs tillgängliga totalt sett hos comiXology.⁹⁹

3.5.4 Huruvida överlåtelser är praktiskt möjliga

I användarvillkoren finns en lång lista av begränsningar i användningen av de comics som köps hos comiXology. Det är bland annat förbjudet att sälja, låna ut, underlicensiera, dela med sig av tjänsten eller på något annat sätt överlåta den till någon annan.¹⁰⁰ Här pratar man alltså om användarkontot, men inte om enskilda comics kunden köpt. Det är däremot tekniskt omöjligt att överföra rättigheten att läsa inköpta comics från ett konto till ett annat eftersom comiXology inte erbjuder någon sådan möjlighet och köpen är låsta till det användarkonto som genomförde köpet. En kund kan visserligen enkelt överlåta ett DRM-fritt exemplar till någon annan, men detta är som understryks dels förbjudet i användarvillkoren och dels bara en kopia av det originalexemplar som köptes. Kunden har alltså kvar rättigheten att från molnet läsa och ladda ned DRM-fria exemplar oavsett hur många gånger man än laddar ned kopior av exemplaret och tar bort dem i efterhand.

⁹⁷ comiXology. *Support - Where can I read these comics?* <http://support.comixology.com/customer/portal/articles/782055>

⁹⁸ *Comixology.eu Website Terms of Use*, punkt 2.B.

⁹⁹ comiXology. *Support - Are all comics on comiXology's store now DRM-free?* <http://support.comixology.com/customer/portal/articles/1633399-are-all-comics-on-comixology's-store-now-drm-free>

¹⁰⁰ *Comixology.eu Website Terms of Use*, punkt 3.

3.5.5 Vill aktören tillåta överlåtelser?

Överlåtelser av comics är både förbjudet och tekniskt omöjliga för comiXologys användare. Innan comiXology väl började erbjuda möjligheten att ladda ned DRM-fria kopior av comics var detta en efterfrågad möjlighet i flera år, och funktionen har bara funnits tillgänglig under ett par månader i skrivande stund.¹⁰¹ Man har från företagets håll tidigare bemött önskemålen med förklaringar om att affärsmodellen går ut på att kunderna inte ska behöva ladda ned exemplaren, utan kunna komma åt dem från ett bibliotek i molnet istället för att själv lagra dem. Nu efter att man introducerat de DRM-fria kopiorna är förklaringen snarare att comicförlagen tidigare varit det stora hindret från att låta kunderna ladda ned sina inköp.¹⁰²

När vissa av de stora och många av de mindre förlagen nu sakta men säkert börjar sälja sina digitala comics utan DRM valde man att gå samma väg. Att ge kunder viss frihet att förfoga över sina inköp är gångbart, men användarvillkoren är alltför strikta med vilka förfoganden som faktiskt är tillåtna och möjliga. När jag i egenskap av kund kontaktar comiXology per e-mail får jag beskedet att en överlåtelse inte är möjlig i dagsläget. Nedan följer vår korrespondens.

Från: Anton Winther
Till: comiXology Support
Skickat: 2014-11-06 10:41
Ämne: Transferral of a digital purchase

Hello,

I have a question regarding purchases. I just recently bought 1 comic book that I really liked, and now I want to sell my copy to a friend. Since I can't give her my reading tablet I was wondering if it would be possible for you to transfer my comic book from my digital library to hers.

Best regards,
Anton

Från: comiXology Support
Till: Anton Winther
Mottaget: 2014-11-06 15:45
Ämne: Transferral of a digital purchase

Hi there, Anton.

Unfortunately, that feature isn't possible at this time. Sorry about that!

- Andrew

¹⁰¹ Hern, Alex. *Amazon's comixology introduces DRM-free downloads*; The Guardian, 2014-07-25.
<http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/25/amazon-comixology-drm-free-downloads-walking-dead-sex-criminals-darkness-comics>

¹⁰² Alverson, Brigid. *SDCC: comiXology CEO explains new DRM-free backup program*; Comic Book Resources, 2014-07-24. <http://www.comicbookresources.com/?page=article&id=54318>

4. Analys

4.1 Studiens resultat

4.1.1 Enkel jämförelse av aktörerna

	Steam	iTunes Store	CDON.COM	PlayStation Store	comiXology
Hur ser avtalskonstruktionen ut?	Licensköp på obegränsad tid	Licensköp på obegränsad tid	Köp	Licensköp på obegränsad tid	Licensköp på obegränsad tid
Hur tillgodogörs kunden produkten?	Kan <i>laddas ned</i> ett obegränsat antal gånger från leverantören och används sedan hos kunden	Kan <i>laddas ned</i> ett obegränsat antal gånger från leverantören och används sedan hos kunden	Kan <i>laddas ned</i> ett obegränsat antal gånger från leverantören och används sedan hos kunden	Kan <i>laddas ned</i> ett obegränsat antal gånger från leverantören och används sedan hos kunden	Finns tillgänglig hos leverantören genom en <i>molntjänst</i>
Finns det en reell möjlighet för kunden att göra sitt exemplar obrukbart?	Det digitala exemplaret är <i>beroende av kundens konto</i> för att kunna användas.	Det digitala exemplaret är <i>beroende av kundens konto</i> för att kunna användas.	Ja och nej, det digitala exemplaret <i>kan i de flesta fall användas av vem som helst</i> .	Det digitala exemplaret är <i>beroende av kundens konto</i> för att kunna användas.	Det digitala exemplaret är <i>beroende av kundens konto</i> för att kunna användas.
	Kan inte tas bort från kundens digitala bibliotek.	Kan inte tas bort från kundens digitala bibliotek.	Nya exemplar kan däremot framställas så länge filen hålls tillgänglig.	Kan inte tas bort från kundens digitala bibliotek.	Kan inte tas bort från kundens digitala bibliotek.
Kan kunden överlåta produkten?	Explicit förbjudet i avtal.	Ej explicit förbjudet i avtal.	Ej explicit förbjudet i avtal.	Explicit förbjudet i avtal.	Explicit förbjudet i avtal.
	Dessutom är köpen <i>låsta</i> till kundens konto. Filerna i sig är DRM-skyddade och kan bara användas av rätt användare.	Köpen är <i>låsta</i> till kundens konto. Filerna är DRM-skyddade och kan bara användas av rätt användare, dock inte musikfiler.	Filerna är i de flesta fall inte belastade med DRM och kan överlåtas fritt.	Dessutom är köpen <i>låsta</i> till kundens konto. Filerna i sig är DRM-skyddade och kan bara användas av rätt användare.	Dessutom är köpen <i>låsta</i> till kundens konto. Kunden har inga egna filer som kan överlåtas, utan finns hos leverantören.

Observera att rutnätet ovan enbart är tänkt att fungera som lättare referens om läsaren vill jämföra aktörerna, och att de utförligare redogörelser som återfinns i kapitel 3 är de jag kommer att utgå från i den fortsatta framställningen.

4.1.2 Uppföljning av frågorna

Efter att nu ha genomfört min undersökning kommer jag nu att följa upp de frågor som jag ställde upp i avsnitt 1.6.

Gemensamt för samtliga aktörer som förekommer i fallstudien är att kunderna under en obegränsad tid får tillgång till ett oändligt antal digitala exemplar av den produkt som köpts, och dessa är oförstörbara (dock enbart under en viss tid hos CDON). Det finns många andra likheter mellan aktörernas avtal och utformning av tjänster, och sedan finns en aktör som klart sticker ut i övriga hänseenden. CDON skiljer sig från övriga aktörer på så sätt att de inte alls utfärdar licenser med överlåtelseförbud mot betalning och möjliggör därmed, förmodligen omedvetet, överlåtelser av digitala köp genom att i relativt stor utsträckning inte förse dem med DRM. Det kan finnas flera olika förklaringar till att de har en helt annorlunda utformning på sin verksamhet, men en förklaring kan vara att de inte verkar på en global nivå som de andra aktörerna och därför måste ta till andra strategier för att kunna konkurrera med dem.

Vad de alla har gemensamt är att de antingen genom avtalet, genom tekniken eller en kombination av de båda motsätter sig överlåtelser av de digitala produkterna till en tredje part. CDON har visserligen inte genom vare sig teknik eller utformandet av sin tjänst aktivt omöjliggjort överlåtelser i och med att deras digitala exemplar fortfarande kan kopieras fritt (om vi då bortser från produktnycklar till spel när de väl använts), men har ändå bemött mina frågor med besked om att överlåtelser är omöjliga.

Steam, iTunes Store, PlayStation Store och comiXology utfärdar allihopa licenser till sina digitala produkter på obegränsad tid mot en engångsbetalning som motsvarar värdet på det digitala exemplaret. Dessa binds sedan till kundens användarkonto och kan inte och får inte heller överlåtas. Samtliga avtalskonstruktioner liknar alltså den som var för handen i UsedSoft-målet, men med skillnad att Oracles licenser gick att överlåtas rent praktiskt.

Steam, iTunes Store och PlayStation Store är de tre största aktörerna som är föremål för studien, och även om deras tjänster är väldigt olika till utformningen finns det många gemensamma likheter dem emellan. Köpen görs tillgängliga i ett digitalt bibliotek på kundens användarkonto som sedan kan laddas ned ett oändligt antal gånger. Steams användarklient, kodningen i iTunes-applikationen och kombinationen av hård- och mjukvara i PlayStation-enheterna fungerar alla som portal för att kunna använda produkterna, och släpper bara in rätt personer. För att de ska kunna användas måste det vara den ursprunglige köparen och ingen annan som öppnar det digitala exemplaret (med undantag från musiken som säljs DRM-fri i iTunes Store).

ComiXology har istället en molnbaserad tjänst. För att läsaren ska förstå skillnaden skulle man kunna säga att de övriga aktörerna håller de digitala exemplaren tillgängliga för avhämtning för kunden som köpt det (genom nedladdning till kundens hårddisk), medan comiXology med sin molntjänst snarare låter kunden läsa exemplaret från ett digitalt bibliotek (genom att logga in på tjänsten). Visserligen erbjuder comiXology i viss utsträckning DRM-fria backupkopior på comics kunden köpt genom tjänsten, men boken finns fortfarande kvar i det digitala biblioteket kunden har tillgång till. Det är viktigt att känna till skillnaden och hålla isär aktörer som tillhandahåller digitala kopior och de som tillhandahåller molnbaserade tjänster för att kunna förstå de slutsatser som jag kommer att dra nedan.

4.2 Tillämpning av UsedSoft på de premisser fallstudien genererat

4.2.1 UsedSoft och leverantörerna

Det upphovsrättsliga regelverket är en slags kompromiss mellan flera kolliderande intressen för att nå en lösning som gynnar alla inblandade. Ensamrätt finns till för att skydda rättighetsinnehavarens ekonomiska intressen i verket, och konsumtionsregeln finns till för att tillgodose konsumentens intresse av att få förfoga över ett exemplar som lagligen köpts. Att göra som de stora leverantörerna i min studie gör genom att sälja licenser till verken är i princip branschpraxis, och denna verksamhetsform möter inga direkta hinder i de rättskällor jag redogjort för, även fast det i större utsträckning gynnar rättighetsinnehavare än konsumenter.

EU-domstolen slog i och med UsedSoft-domen näven i bordet och sade dels att vidareförsäljningsförbud i licensavtal utfärdade på obegränsad tid mot en engångsbetalning som kompenserar rättighetsinnehavaren ska vara utan verkan och dels att aktörer dessutom måste möjliggöra överlåtelser av digitala exemplar. Tre av fem aktörer har idag villkor som innehåller sådana förbud, och fyra av fem aktörer och i viss utsträckning CDON har vidtagit och vidmakthåller tekniska åtgärder som omöjliggör överlåtelser. Det behövs knappast understrykas att man inte låtit sig påverkas av UsedSoft-domen.

4.2.2 UsedSoft och konsumenterna

Det ska dessutom påpekas att UsedSoft-domen inte kan tolkas på så vis att den innebär att kunden har en absolut rätt att få överlåta sina inköp hos en leverantör. Konsumtionsprincipen så som den gäller enligt UsedSoft-domen förutsätter för sin tillämpning att exemplaret som blir föremål för konsumtion är en enskild kopia och att samma kopia inte lever vidare hos överlåtaren efter överlåtelser. Kunden måste därför ha gjort sin egen kopia obrukbar och får inte heller ha delat upp sin licens till flera personer för att kunna åberopa konsumtion av det digitala exemplaret av verket.

Den reella problematiken är att kundens inköp alltid ligger kvar i ett slags digitalt bibliotek som kunden har tillgång till och återfinns hos samtliga aktörer oavsett hur tjänsten ser ut. Kunden kan alltså inte göra sin egen kopia obrukbar i enlighet med UsedSofts tillämpningskriterier. Inte ens om kunden tar bort eventuella lokala filer på sin hårddisk har kopian gjorts obrukbar, eftersom kontot alltså har tillgång till ett obegränsat antal nedladdningar eller visningar av det digitala exemplaret. Det enda som står till buds är att överlåta hela användarkontot, vilket i de allra flesta fall kan förbjudas rent juridiskt genom användaravtalen. En kund kan därför i dagsläget i regel inte göra gällande konsumtion enligt de premisser som ställs upp i UsedSoft-domen. De hinder som finns mot detta ligger helt och hållet på aktörernas planhalva, i och med att de på teknisk väg inte ännu möjliggör överlåtelser från användarkonto till användarkonto.

4.3 Diskussion kring den digitala marknaden post-UsedSoft

4.3.1 Varför?

Av vad som kunnat visas har de stora aktörerna på den digitala marknaden inte ändrat sin verksamhet för att rätta sig efter EU-domstolens krav. Det finns flera tänkbara förklaringar till att UsedSoft till synes inte påverkat de aktörer som varit föremål för undersökningen. Jag tänker i detta avsnitt angripa problemet utifrån en juridisk respektive en teknisk infallsvinkel kring varför det kan tänkas se ut såhär.

4.3.2 Juridiska aspekter

Först och främst måste det påpekas att UsedSoft-domen rörde tillämpningen av datorprogramdirektivet, som inte är direkt tillämplig på de verksexemplar som de undersökta aktörerna tillhandahåller. Dator- och TV-spel, som Steam och PlayStation Store säljer, är visserligen delvis datorprogram, men utgörs dessutom av blandningar av flera andra typer av konstnärliga verk.¹⁰³ Det har alltså inte funnits någon förpliktelse att agera i enlighet med de krav som ställs upp i UsedSoft ännu, och man har därför kunnat upprätthålla ett dödläge som sedan länge rått kring marknadens regler.

Ett andra problem uppstår i och med att en process rent praktiskt sett inte har kunnat komma till stånd på grund av att aktörerna själva styr över teknikens utformning. I och med att en användare i princip inte kan överlåta ett digitalt exemplar på grund av den inlåsningsseffekt som uppstår när det köpta exemplaret köps eller aktiveras uppstår en slags patt.¹⁰⁴ För att en fråga om konsumtion av ett digitalt exemplar enligt infosoc-direktivet ska kunna underkastas rättslig prövning måste en tvist uppstå i form av att exemplaret överlåts och näringsidkaren i fråga motsätter sig denna, men exemplaret kan omöjligen överlåtas på grund av att det är låst till användaren. Det enda som faktiskt kan överlåtas till någon annan är rena inloggningsuppgifter till användarkonton. Den tolkning av konsumtionsregeln man gjorde i UsedSoft-målet tar inte sikte på användarkonton, och sådana överlåtelser av inloggningsuppgifter kan därför förbjudas i användarvillkor som det ser ut idag. Vzbv förlorade i tysk domstol i just ett sådant mål,

¹⁰³ C-355/12 *Nintendo Co. Ltd m.fl. v PC Box Srl och 9Net Srl*.

¹⁰⁴ Från Wikipedia: Patt är en ställning i schack där spelaren som är vid draget inte kan göra något giltigt drag men inte heller står i schack. Man får inte stå över något drag i schack och ställningen innebär därför att partiet omedelbart slutar oavgjort (remi), oavsett vilka styrkeförhållanden som för tillfället råder på brädet. Patt blir därmed ibland en räddning för en spelare som håller på att förlora ett parti.

där man ville göra gällande konsumtion av användarkonton (se avsnitt 3.1.5). Målet är därför ett utmärkt exempel på hur det faktiska läget ser ut på marknaden just nu: för kunden är detta en moment 22-situation och för aktörerna ett mycket behagligt status quo.

4.3.3 Tekniska aspekter

I digitala sammanhang pratas det ofta om produktnycklar, som är unika digitala koder som låser upp en rättighet för köparen. Ordet kan mycket väl användas för att förklara vad som händer med produkten: den låses inte bara upp, utan låser även igen och skapar en inlåsningsseffekt hos den ursprunglige köparen.

De flesta av aktörernas tjänster är konstruerade på så vis att när kunden genomför ett köp av en digital produkt så låses en rättighet att ladda ned och använda produkten till kundens användarkonto. När den nedladdade produkten i fråga öppnas sker detta genom tjänsten, som verifierar att det är rätt person som försöker bereda sig tillgång till exemplaret. Även den molnbaserade tjänsten comiXology är beroende av en sådan koppling, eftersom personer som inte köpt ett visst digitalt exemplar inte får tillgång till det hos aktörens dataservrar. Detta skulle kunna liknas med att en bokhandlare säljer en bok men fjättrar den till kundens bokhylla därhemma. Kopplingen, eller låsningen, sker helt och hållet av de digitala tjänsterna genom aktörernas försorg. Liknelsen med den i bokhyllan fastkedjade boken kan användas här med, eftersom ett lås kan låsas upp med samma nyckel som det låstes med. Att låsa upp och avlägsna ett digitalt exemplar från ett användarkonto kan för en aktör inte vara mer tekniskt komplicerat än att applicera låset efter att transaktionen genomförts.

Eftersom filerna i dessa situationer är beroende av kopplingen till användarkontot skulle den digitala kopian av exemplaret hos kunden bli obrukbar och värdelös efter det att den låsts upp och därmed avlägsnats från kontot. Överlåtelser av digitala produkter där kunden kan göra gällande konsumtion i enlighet med de kriterier som ställs upp i UsedSoft är därför genomförbara rent tekniskt men beroende av att aktören är villig att samarbeta. Ett sådant intresse tycks däremot inte finnas hos någon av aktörerna i studien. Frågan är vad avsaknaden av motivation beror på och vad som skulle kunna motivera dem.

4.3.4 *What's eating the digital market?*

Jättarna Apple och Amazon, varav den senare ännu inte riktigt etablerat sin digitala marknadsplats i Sverige, har båda utformat olika tekniker som möjliggör andrahandsförsäljning av digitala produkter. Trots att lösningarna har fått sina patentansökningar beviljade och i princip är redo att börja implementeras i deras respektive tjänster finns det däremot inga sådana verktyg tillgängliga idag hos varken Apple eller Amazon.¹⁰⁵ Detta visar att de stora aktörerna har de resurser och möjligheter som krävs för att kunna utveckla teknik som möjliggör konsumtion i juridisk bemärkelse.

Det finns förmodligen flera tänkbara förklaringar till att dessa tjänster ännu inte satts i bruk. En sådan är att de rättighetsinnehavare som ger aktörerna spridningsrätt till de digitala exemplaren inte alls är intresserade av att se en sådan utveckling och motsätter sig att Apple och Amazon implementerar tekniken i sina tjänster.

Att både Apple och Amazon har patenterat sådana lösningar måste däremot ses i den kontext de tillkom: ReDigi-målet. Patentansökningarna kan mycket väl ha varit strategiska drag av de båda i det fall att ReDigi skulle fått bifall till sin talan i amerikansk domstol, för att isåfall kunna konkurrera med ReDigi på den digitala andrahandsmarknad som hade kunnat uppstå i dess kölvatten. Vad som ytterligare talar för att dessa ansökningar egentligen bara har varit garderingar är att båda patentansökningar innehåller beskrivningar om hur rättighetsinnehavarna ska kunna få en viss andel av försäljningspriset av varje transaktion som görs mellan kunder. Man skulle alltså kunna använda en sådan möjlighet som en morot för att övertyga rättighetsinnehavarna att acceptera tekniken för att effektivt kunna konkurrera med ReDigi och andra liknande aktörer.

Det hela bottnar i pengar. Aktörerna är förmodligen inte villiga att göra någonting som kan skada dem finansiellt eller äventyra deras ställning på marknaden och vidtar

¹⁰⁵ Newman, Jared. *Apple Patents a System for Second-Hand iTunes Sales*; Time, 2013-03-08

<http://techland.time.com/2013/03/08/apple-patents-a-system-for-second-hand-itunes-sales/>.

Se även: Wohlsen, Marcus. *Amazon Wants to Get Into the Used E-Book Business - Or Bury It*; Wired, 2013-02-08
<http://www.wired.com/2013/02/amazon-used-e-book-patent/all/>.

hellre åtgärder som gynnar dem finansiellt eller stärker deras monopol på den digitala marknaden. Just nu befinner man sig i en bekväm position man själv satt sig i och gärna bibehåller. Enligt min egen uppfattning gäller detta med all sannolikhet för samtliga aktörer på den digitala marknaden, och inte enbart de som förekommer i fallstudien.

Å andra sidan står den digitala marknaden inför stora problem i kampen mot piratkopiering och har alltid gjort det. Vissa påstår att digital konsumtion inte kan komma på fråga eftersom det på grund av att digitala exemplar är identiska och genom att bräcka dess DRM eller liknande kan mångfaldigas olovligen in i oändligheten. Detta är visserligen sant, men det innebär inte att de har rätt. Även fysiska exemplar av verk piratkopieras, och dessa undantas alltid från konsumtionsregelns tillämpning. Om man skulle applicera samma argument på en sådan situation och velat förbjuda andrahandsförsäljning av fysiska exemplar på grund av att det kan gynna piratkopiering hade det många avfärdat det som trams. I det upphovsrättsliga regelverket finns verktyg för att råda bot på piratkopiering oavsett om det är fysiska eller digitala kopior, och för de stora aktörerna finns det intellektuella och finansiella kapital som krävs för att kunna bekämpa det på juridisk och teknisk väg. Det finns därför enligt mig ingen anledning till att göra skillnad mellan fysiska och digitala exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk i dessa avseenden.

4.4 Framtiden i molnet

4.4.1 Vad blev det av Oracle?

Oracle har alltså fortsatt med att utveckla och tillhandahålla mjukvara. Verksamheten ser däremot lite annorlunda ut idag än för ungefär två år sedan då domen föll. Istället att ladda ner datorprogrammen kommer Oracles kunder i allt större utsträckning åt dem genom molnet. Fenomenet och modellen som har vuxit mycket de senaste åren brukar kallas för SaaS (software as a service) och går ut på att programvaran existerar som applikationer i molnet som kunden kopplar upp sig mot, istället för att ha använda en lokal kopia på hårddisken. Rent juridiskt är detta i dagsläget inte att anse som ett köp av ett datorprogram, utan snarare en tjänst som leverantören tillhandahåller. Konsumtion i enlighet med lex UsedSoft aktualiseras inte i fråga om molntjänster, eftersom kunden inte får tillgång till ett eget exemplar.

Oracle är dessutom långt ifrån ensamma med att lägga sina datorprogram i molnet. En eventuell anledning till att Oracle gjort så kan mycket väl vara att kringgå konsumtionsregeln i UsedSoft-domen, men det kan självklart ha andra tekniska och rent praktiska fördelar för både aktörerna och deras kunder. Vad EU-domstolen gjorde i domen var att sätta upp regler för vad som ska gälla när licenser till datorprogram säljs, och det är helt upp till leverantören i fråga att välja om man vill utforma sin verksamhet på ett helt annat sätt. Oavsett vilka syften som legat bakom övergången till molnet i allt större utsträckning är effekten den att verksamheten faller utanför konsumtionsregelns tillämpningsområde. Oracle bibehåller på så vis sitt monopol på digitala exemplar av deras datorprogram.

4.4.2 Marknaden och den nya tekniken

Den väg Oracle gått efter UsedSoft-domen föll kan mycket väl ses i samband med vad Apple och Amazon gjorde under ReDigi-processen. Genom att ansöka om patent som möjliggjorde överlåtelser mellan kunder där rättighetsinnehavarna kunde få en bit av kakan ställde man sig för en oundviklig marknadsförändring i det fall att ReDigi skulle ha fått rätt i amerikansk domstol. Att lägga om sin verksamhet eller förbereda sig inför en eventuell sådan är helt enkelt en överlevnadsstrategi. Skillnaden mellan dessa mål är att UsedSoft vann och ReDigi förlorade, och att Apple och Amazon inte förändrat sin verksamhet på ett sätt som är jämförligt med Oracle. Situationerna har varit lika men med olika utfall, och det finns inget som direkt talar emot att man skulle ha kunnat tänka sig en molnlösning här också.

Aktörer såsom Spotify och Netflix har funnits ett antal år och kan identifieras som pionjärer inom den nya effektiva strömningstekniken. Kunderna till dessa aktörer abonnerar på en tjänst som låter dem strömma musik och video direkt till sina datorer, TV-skärmar eller andra digitala enheter utan att behöva ladda ned dem först. Tillgängligheten och det överkomliga priset gör dem till indirekta konkurrenter till distributörerna av digital musik och video. Dessa har satt en trend som de traditionella aktörerna nu måste anpassa sig efter för att kunna konkurrera. Apple erbjuder exempelvis tjänsten iTunes Match, som innebär att hela kundens digitala musikbibliotek matchas mot den musik som finns till salu hos iTunes Store och sedan kan strömmas, liknande Spotify. I dagsläget är strömning av dator- och TV-spel ingenting som finns på

marknaden i större utsträckning. Tekniken är fortfarande inte tillräckligt kraftfull för att klara av att strömma de flesta spel som produceras idag. Nu verkar det däremot som att tekniken som möjliggör detta snart är här. Grafikkortsproducenten Nvidia har nyligen visat upp en spelströmningstjänst man kallar för Grid, som journalister från branschmedierna tyckte såg väldigt imponerande ut.¹⁰⁶ Det är därför inte helt otänkbart att vi någon gång snart i framtiden även kommer få se en övergång från nedladdning av digitala kopior av dator- och TV-spel till strömning av dessa.

Även om konsumtionsregeln som den ställs upp i UsedSoft-domen inte skulle komma att tillämpas på andra verkstyper tror jag att att alltför distributörer helt eller i större utsträckning kommer att övergå till moln- och strömningstjänster eftersom efterfrågan på sådana tjänster förmodligen är stor.

4.4.3 UsedSoft och framtiden

Av vad som kan visas i fallstudien har UsedSofts konsumentvänliga ändamål ännu inte uppnåtts, och den digitala andrahandsmarknaden lyser med sin frånvaro. För kunden är läget däremot inte helt detsamma i och med det sakta men säkert ökande antalet molntjänster. Marknaden förändras i och med att tekniken utvecklas, och lex UsedSoft kommer med största sannolikhet dels få en kortvarig effekt i och med aktörerna i allt större utsträckning övergår till moln- och strömningstjänster, och dels få en begränsad effekt i och med att rättsfallets tillämpningsområde är snävt som det ser ut nu.

4.5 Avslutande reflektioner

4.5.1 Är fysiska och digitala exemplar väsensskilda?

Först och främst vill jag ta itu med en omedelbar fråga. Finns det någon anledning till att behandla digitala exemplar av verk som om de vore fysiska? De digitala produkterna, oavsett om de lagras på kundens hårddisk som ett exemplar eller i molnet, kanske är helt väsensskilda från de traditionella greppbara exemplar vi köper i butik. Bortsett från att deras innehåll är identiska så kanske de digitala exemplaren av verken är någonting helt annorlunda som erbjuder helt nya möjligheter. Kunden får tillgång till dem väldigt snabbt utan att ens behöva lämna hemmet för att fullfölja köpet och med

¹⁰⁶ Tyrell, Brandin. *Nvidia's New Game Streaming Service Is Twice As Fast As PlayStation Now*, IGN Entertainment, 2014-11-13 <http://www.ign.com/articles/2014/11/13/nvidias-new-game-streaming-service-is-twice-as-fast-as-playstation-now>

mindre påfrestning på jordens begränsade resurser. Det som kan fastslås är att kunder ofta köper digitala exemplar av verk istället för att köpa dem fysiskt, och i många fall för samma eller en jämförlig summa pengar. Det som skiljer dem åt är lagringsmediet. I min mening föreligger därför ingen artskillnad mellan de olika exemplaren, men väl en gradskillnad. Mitt svar blir alltså ja, digitala exemplar har ett jämförbart marknadsvärde och står i konkurrens med fysiska exemplar och ska behandlas likvärdigt både i lag och i praktiken.

Molntjänster och strömningstjänster behöver nödvändigtvis inte skiljas från digitala köp i min mening. Detta kräver dock att kunden till moln- eller strömningstjänsten betalar en individuell summa för varje enskilt verk eller samling av verk som är likvärdig med den hen skulle ha erlagt om exemplaret köptes i fysisk form. Jag tänker här främst på hur Iconology (se avsnitt 3.5) utformat sin molnbaserade tjänst comiXology, där kunden köper licenser till enskilda comics på ett sätt som i viss mån påminner om digitala köp. En gräns måste däremot dras vid abonnemangsbaserade moln- och strömningstjänster, där kunden för en mindre summa får tillgång till ett ständigt ökande antal verk som kan konsumeras ett oändligt antal gånger så länge abonnemanget löper. Jag tänker här främst på tjänster som Spotify och Netflix eller motsvarande där kunden betalar en mindre summa i månaden för tillgång till ett gediget bibliotek. Man betalar som kund nämligen inte för de enskilda exemplaren, utan för tjänsten som helhet. Dessutom medför de månadsbaserade betalningsmodellerna att UsedSoft-kriterierna inte är för handen. Dessa borde således inte kunna bli föremål för upphovsrättslig konsumtion.

4.5.2 Marknaden styr

Problematiken i frågan om konsumtion av digitala exemplar av verk består främst i att marknads aktörer har allttjämt tillåtit sätta upp spelreglerna mellan dem och sina kunder, dels genom användaravtalen och dels genom teknik. Detta var länge en nödvändighet på grund av teknikens begränsningar och de digitala exemplarens oändlighet, då dessa behövdes för att förebygga ekonomiska förluster. Med så fria tyglar har aktörerna kunnat utforma teknik och användaravtal på så vis att man skapar en inlåsningsseffekt hos kunderna som i ganska stor utsträckning godtas. Det har till och med gått så långt att man i vissa fall indirekt reglerar andrahandsmarknaden av fysiska exemplar av verk, som sedan länge varit föremål för upphovsrättslig konsumtion.

Exempelvis är det inte helt ovanligt att fysiska exemplar av datorspel använder sig av Steams DRM istället för ett eget, vilket innebär att så fort en kund installerat ett fysiskt exemplar av ett datorspel på sin dator så kan det exemplaret inte längre användas av någon annan än kunden. Att göra detta för fysiska exemplar är inte en gråzon som för deras digitala motsvarigheter, men man gör det ändå. Jag vill här passa på att klargöra att jag inte vill måla upp aktörerna på marknaden till en ensam syndabock för hur marknaden ser ut. Rättighetsinnehavarna har också ett självklart intresse av att aktörernas monopol bibehålls, eftersom de också vill styra prissättningen och därmed gå med så hög vinst som möjligt. Deras relation till aktörerna är också en maktrelation, där de sitter på rättigheterna som aktörerna bygger sin verksamhet kring. De kan ställa krav på att status quo ska upprätthållas av aktörerna, och det är inte osannolikt att de faktiskt gör detta med tanke vad som framkommit i studien av iTunes Store och comiXology.

Med rätt utformning av tekniken skulle man idag kunna behandla de digitala exemplaren ungefär som om de vore fysiska. Nu utgörs marknaden i allt större utsträckning dessvärre av moln- och strömningstjänster som inte kan bli föremål för konsumtion. När man från EU-domstolens håll vill reglera området gör man det för sent, tekniken har redan hunnit springa bortom juridikens räckvidd.

4.5.3 En global utblick mot framtiden

Å andra sidan kan man se UsedSoft-domen som en del i ett globalt skeende, där konsumtionsprincipens tillämpningsområde utvidgas bit för bit. Som ett exempel kan nämnas Kirtsaeng-målet som avgjordes i högsta instans i amerikansk domstol 2013. Där importerade en person vid namn Kirtsaeng kurslitteratur på engelska till en billig kostnad via sina släktingar från Thailand och sålde den sedan i USA utan rättighetsinnehavaren John Wiley & Sons samtycke. Man stämde Kirtsaeng för upphovsrättsintrång och fick rätt i två instanser, men högsta instans valde att tillämpa den till konsumtionsprincipen motsvarande first-sale principle på böckerna.¹⁰⁷

Rätten är ingen konstant, utan är i ständig förändring. Att rättsutvecklingen skulle stoppas tvärt på detta område nu framstår som otänkbart, och särskilt med med

¹⁰⁷ Ilan m.fl. *Supreme Court Finds "First Sale" Copyright Doctrine Applies to Copies Lawfully Made and First Sold Abroad*. s. 7 ff.

beaktande av den trend som kan tydas på global nivå. Frågan är bara när juridiken kan hinna ifatt tekniken eller om våra konsumtionsmönster förändrats innan dess, och vilka affärsmodeller som rättstillämpningen då står inför. UsedSoft- domen innebär inte slutet för det digitala monopolet, men likväl är det ett viktigt ställningstagande för att man i framtiden ska kunna förverkliga den digitala andrahandsmarknaden.

5. Källförteckning

Offentligt tryck

Förfaranden

Prop. 2004/05:110. Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Prop. 1994/95:58. Uthyrning och utlåning av upphovsrättsligt skyddade verk, m.m.

Betänkanden

SOU 1985:51. Upphovsrätt och datorteknik

EU-förordningar och -direktiv

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 2012/C 326/01

Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram

Rättsfall

EU-domstolen

C-355/12 Nintendo Co. Ltd m.fl. v PC Box Srl och 9Net Srl

C-128/11 UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.

C-97/98 Jägerskiöld v Gustafsson

C-14/83 Sabine von Colson och Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen

C-7/68 Kommissionen v Italien

C-6/64 Flaminio Costa v ENEL

C-26/62 Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen

Högsta domstolen

NJA 2005 s. 580

Litteratur

Agell, Anders. *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*. I Festskrift till Stig Strömholm I, Frändberg, Åke m.fl. (red.), Iustus Förlag AB, Uppsala 1997

Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4 uppl. Oxford University Press, New York 2013

Berlitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars och Sandgren, Claes. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 12 uppl. Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 2011

Ericsson, Eric. *Om immaterialrättslig konsumtion i ett integrerat Europa*, SvJT 1992 s. 108

Ilan, Daniel; Herrington, David; Prunella, Megan och Koper, Sarah. *Supreme Court Finds "First Sale" Copyright Doctrine Applies to Copies Lawfully Made and First Sold Abroad*, Intellectual Property & Technology Law Journal, vol. 25, nr. 6 (2013) s. 7

Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2011

Olin, Anders. Karnov lagkommentar: URL, uppdaterad per 2014-01-01 (Hämtad 2014-11-20)

Olsson, Henry. *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*, 7 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006

Rosén, Jan. *Upphovsrättens avtal*, 3 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007

Sandgren, Claes. *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, nummer 4-5 (2005): s. 648

Schollin, Kristoffer. *Digital Rights Management: the new copyright*, 1 uppl. Jure, Stockholm 2008

Strömholm, Stig. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. 5 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996

Winston, Elizabeth I. *Why Sell What You Can License?: Contracting Around Statutory Protection of Intellectual Property*, George Mason Law Review, vol. 14 (2006) s. 93

Användaravtal

Steams abonnentavtal (den lydelse som gällde den 30 september 2014)

iTunes Store - Villkor för tjänsten (17 september 2014)

CDON.COM - Allmänna Villkor (12 juni 2014)

CDON.COM - Köpvillkor, Digitala Produkter (den lydelse som gällde den 23 oktober 2014)

Tjänstevillkor för SEN (september 2014)

Comixology.eu Website Terms of Use (21 juli 2014)

Nyhets- och branschartiklar och liknande

Alverson, Brigid. *SDCC: comiXology CEO explains new DRM-free backup program*; Comic Book Resources, 2014-07-24. <http://www.comicbookresources.com/?page=article&id=54318> (Hämtad 2014-11-04)

Carnoy, David. *Sony: "We won't impose any restrictions on PS4 used games"*; CNET, 2013-06-10. <http://www.cnet.com/news/sony-we-wont-impose-any-restrictions-on-ps4-used-games/> (Hämtad 2014-10-27)

Cohen, Peter. *iTunes Store goes DRM-free*; Macworld, 2009-01-06. <http://www.macworld.com/article/1137946/itunesstore.html> (Hämtad 2014-10-10)

Edwards, Cliff. *Valve Lines Up Console Partners in Challenge to Microsoft, Sony*; Bloomberg, 2013-11-04. <http://www.bloomberg.com/news/2013-11-04/valve-lines-up-console-partners-in-challenge-to-microsoft-sony.html> (Hämtad 2014-09-29)

Hern, Alex. *Amazon's comixology introduces DRM-free downloads*; The Guardian, 2014-07-25. <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/25/amazon-comixology-drm-free-downloads-walking-dead-sex-criminals-darkness-comics> (Hämtad 2014-11-04)

Makuch, Eddie. *Sony on PS4 used games: "We are going to do the right thing"*; Gamespot, 2013-02-26. <http://www.gamespot.com/articles/sony-on-ps4-used-games-we-are-going-to-do-the-right-thing/1100-6404470/> (Hämtad 2014-10-27)

Makuch, Eddie. *Sony patents tech to block used games*; Gamespot, 2013-01-03. <http://www.gamespot.com/articles/sony-patents-tech-to-block-used-games/1100-6401992/> (Hämtad 2014-10-27)

Newman, Jared. *Apple Patents a System for Second-Hand iTunes Sales*; Time, 2013-03-08. <http://techland.time.com/2013/03/08/apple-patents-a-system-for-second-hand-itunes-sales/> (Hämtad 2014-10-13)

The NPD Group. *The NPD Group: Apple Dominates Internet Video Market*. 2013-04-23. <https://www.npd.com/wps/portal/npd/us/news/press-releases/the-npd-group-apple-itunes-dominates-internet-video-market/> (Hämtad 2014-10-06)

Osborne Clarke. *Update: Valve May Prohibit Steam Account Transfers – German Judgment Published*, 2014-03-25. <http://www.osborneclarke.com/connected-insights/publications/update-valve-may-prohibit-steam-account-transfers-german-judgment-published/> (Hämtad 2014-10-03)

Richter, Felix. *Sony Trumps Nintendo in Shrinking Console Market*; Statista, 2014-06-11. <http://www.statista.com/chart/2345/video-game-console-sales/> (Hämtad 2014-10-24)

Sisaro, Ben. *A Setback for Resellers of Digital Products*; The New York Times, 2013-04-01. http://www.nytimes.com/2013/04/02/business/media/redigi-loses-suit-over-reselling-of-digital-music.html?_r=0 (Hämtad 2014-10-13)

Tyrell, Brandin. *Nvidia's New Game Streaming Service Is Twice As Fast As PlayStation Now*; IGN Entertainment, 2014-11-13. <http://www.ign.com/articles/2014/11/13/nvidias-new-game-streaming-service-is-twice-as-fast-as-playstation-now> (Hämtad 2014-12-03)

Wohlsen, Marcus. *Amazon Wants to Get Into the Used E-Book Business - Or Bury It*; Wired, 2013-02-08. <http://www.wired.com/2013/02/amazon-used-e-book-patent/all/> (Hämtad 2014-11-27)

Yin-Poole, Wesley. *Sony explains PS4 digital game pricing*; Eurogamer, 2013-11-28. <http://www.eurogamer.net/articles/2013-11-28-sony-explains-ps4-digital-game-pricing> (Hämtad 2014-10-27)

Aktörs- och tjänsteinformation

Apple

Apples pressinformation (2013-02-06). <https://www.apple.com/pr/library/2013/02/06iTunes-Store-Sets-New-Record-with-25-Billion-Songs-Sold.html> (Hämtad 2014-10-06)

CDON.COM

Om företaget. http://cdon.se/kundservice/om_foretaget/ (Hämtad 2014-10-23)

Downloads (PC & Mac) - Så fungerar det. <http://cdon.se/spel/downloads/#dlinfo> (Hämtad 2014-10-23)

Allmän information - On Demand. http://downloads.cdon.com/index.phtml?action=nav_page&navigation_id=23554 (Hämtad 2014-10-23)

FAQ - E-böcker. <http://cdon.se/böcker/e-böcker/faq/> (Hämtad 2014-10-23)

comiXology

Publishers. <https://www.comixology.eu/browse-publisher> (Hämtad 2014-11-03)

Support - Are all comics on comiXology's store now DRM-free?
<http://support.comixology.com/customer/portal/articles/1633399-are-all-comics-on-comixology's-store-now-drm-free> (Hämtad 2014-11-03)

Support - Where can I read these comics? <http://support.comixology.com/customer/portal/articles/782055> (Hämtad 2014-11-03)

ReDigi

About ReDigi - Newsroom. <http://newsroom.redigi.com/about/> (Hämtad 2014-10-10)

Sony

Activate / Deactivate Primary PS4. https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/5059 (Hämtad 2014-10-27)

Activate / Deactivate a System on the PlayStation®Network.
https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/796/kw/activate (Hämtad 2014-10-27)

Transfer Purchased Content to Another Account. https://support.us.playstation.com/app/answers/detail/a_id/339/~transfer-purchased-content-to-another-account (Hämtad 2014-10-27)

Valve

Valve Launches Steam Discovery Update, Personalized Shopping (2014-09-22). <http://store.steampowered.com/news/14478/> (Hämtad 2014-09-29)

Steam Trading - Steam Support https://support.steampowered.com/kb_article.php?ref=6748-ETSG-5417 (Hämtad 2014-10-01)